

Observatorio de contratos públicos 2012

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Director

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Coordinador

Observatorio de contratos públicos 2012

Autores

*FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA
MICHELLE COZZIO
MERCEDES FUERTES LÓPEZ
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES*

*TERESA MEDINA ARNÁIZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA*



**Universidad
Zaragoza**



**THOMSON REUTERS
ARANZADI**

Primera edición, 2013

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (*Hacia una contratación pública eficiente: medidas de simplificación y mejora de los procesos de compra pública*, referencia DER2012-39003-C02-01) dirigido por el prof. José María Gimeno Feliú.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2013 [Thomson Reuters (Legal) Limited/ José María Gimeno Feliú (Dir.); Miguel Ángel Bernal Blay (Coord.) y otros]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9014-734-4
Depósito Legal: NA 1494/2013
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

SUMARIO

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	19
I. REFLEXIONES GENERALES	
CAPÍTULO I	
LA CONTRATACIÓN CONJUNTA Y LAS FÓRMULAS DE COOPERACIÓN COMO MECANISMOS DE GESTIÓN EFICIENTE DE LA ORGANIZACIÓN EN EL MODELO LOCAL	23
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ	
I. Introducción. Los retos de la administración municipal en españa	23
II. Un ejemplo concreto de su incidencia en la administración municipal y su organización administrativa a través de la normativa sobre contratación pública. El parámetro de eficiencia como elemento de decisión	25
1. <i>Hacia la compra unificada: Las centrales de compras.....</i>	<i>33</i>
2. <i>Los encargos a entes instrumentales propios como modalidad organizativa y de cooperación: Límites.....</i>	<i>43</i>
2.1. El origen de los denominados servicios in house providing.....	45
2.2. La cuestión del control conjunto: condiciones para que exista control análogo. Significado de la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO vs. TRAGSA) y la evolución posterior.....	58
2.3. La técnica de la cooperación vertical y sus requisitos en el TRLCSP. Posibilidades.....	66
3. <i>La cooperación horizontal como alternativa para la prestación de servicios. Límites de los convenios.....</i>	<i>71</i>
III. Conclusiones.....	85

CAPÍTULO II

LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DE LAS REGLAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA...	89
MICHELLE COZZIO	

I. ¿Qué significa la europeización de las reglas sobre los contratos públicos?.....	89
II. El impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública	92
III. El diálogo entre los Tribunales como instrumento de integración jurídica	95
IV. El diálogo entre Tribunales y la circulación de los modelos jurídicos.....	99
V. Presupuestos para la aplicación de las reglas por vía jurisprudencial: La diversidad	103
VI. (sigue): La apuesta a la innovación	106
VII. Relevancia del análisis jurisprudencial en el proceso de europeización (algunos signos)	108

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO III

LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS.....	115
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA	

I. El derecho de la Unión Europea sobre contratación administrativa y su nuevo proceso de reforma	115
II. Objetivos y principios generales de la política, normativa y actuación de la Unión Europea en materia de contratos públicos....	118
III. Las primeras directivas sobre la materia y el incumplimiento generalizado de sus disposiciones.....	120

SUMARIO

	<u>Página</u>
IV. La «segunda generación» de directivas y su mayor unificación procedimental.....	122
V. La tercera generación de directivas sobre contratos y su fracaso en la implantación de medios electrónicos	123
VI. La cuarta generación de directivas: Las nuevas propuestas de directivas relativas a la contratación pública, los contratos en los sectores especiales y la adjudicación de contratos de concesión...	125
1. Antecedentes. La Estrategia Europa 2020 y el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.....	125
2. Objetivos de las nuevas propuestas de directivas.....	127
3. La Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública.....	128
3.1. Base jurídica y decisiva influencia del Acuerdo sobre Contratación Pública	128
3.2. Relevancia de los principios generales de la contratación en la Propuesta, en la jurisprudencia del TJUE y en el ACP	130
3.3. Precisiones en relación con el ámbito subjetivo	133
3.4. Las relaciones entre poder adjudicadores: contratos «in house» y convenios de colaboración	135
3.5. La nueva regulación de los contratos de servicios y la supresión de la diferenciación entre los servicios prioritarios y no prioritarios.....	140
3.6. Integridad de los procedimientos de contratación pública	142
3.7. Procedimientos de adjudicación de los contratos. Las novedosas consultas preliminares de mercado	144
3.8. La posibilidad de un mayor recurso a la negociación .	146
3.9. La apuesta, ahora si decidida, por la contratación electrónica	150
3.10. Técnicas para la contratación agregada y electrónica. El impulso de la contratación conjunta.....	154
3.11. Mejora del acceso al mercado para las PYME.....	158
3.12. La novedosa regulación en la Propuesta de las fases de ejecución y resolución de los contratos	160

CAPÍTULO IV

LAS DISPOSICIONES FINANCIERAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA AL NUEVO REGLAMENTO FINANCIERO Y SUS NORMAS DE DESARROLLO	165
TERESA MEDINA ARNÁIZ	
I. Introducción	165
II. La contratación pública en la Unión Europea desde las disposiciones financieras	168
1. <i>El Fondo Europeo de Desarrollo</i>	169
2. <i>La regulación financiera para los organismos de la UE dotados de personalidad jurídica y con presupuesto de funcionamiento propio.</i>	172
2.1. Organismos creados de conformidad con el TFUE y el Tratado Euratom	174
2.2. Organismos de las colaboraciones público-privadas...	174
2.3. Agencias ejecutivas	178
III. El Reglamento financiero y su regulación sobre contratación pública	179
1. <i>Aspectos generales del Reglamento financiero respecto de la adjudicación de contratos públicos</i>	180
2. <i>Elementos fundamentales en la nueva regulación financiera</i>	182
2.1. Flexibilización de los procedimientos	183
2.2. Simplificación y reducción de la carga burocrática que conllevan los procedimientos de licitación	184
2.3. Agregación de la demanda	187
2.4. Integridad de los procedimientos	188
IV. Reflexiones finales	191
V. Anexo	191
VI. Bibliografía	193

III. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

CAPÍTULO V

LOS RIESGOS DEL RIESGO DE EXPLOTACIÓN (CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y LOS CONTRATOS DE SERVICIOS)	197
MERCEDES FUERTES LÓPEZ	

I. Porque los rieles deben ser paralelos	197
II. Las sucesivas traviesas de la normativa europea	199
III. Avances y disonancias de la jurisprudencia comunitaria	204
IV. Las previsiones del Derecho español.....	224
V. Análisis de los criterios que se invocan.....	229
VI. Para retomar el trayecto.....	236

CAPÍTULO VI

LA RENUNCIA AL CONTRATO POR PARTE DEL EMPRESARIO.....	241
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES	

I. Crisis económica y crisis en la ejecución del contrato administrativo	241
II. La renuncia precontractual	244
1. <i>Consideraciones generales. Nueva definición y consecuencias de la retirada de la oferta.....</i>	<i>244</i>
2. <i>La eventual modulación de la responsabilidad de licitadores y adjudicatarios</i>	<i>249</i>
2.1. Planteamiento	249
2.2. Demoras en la adjudicación o formalización y pérdida del interés en ejecutar el contrato	250
2.3. La renuncia precontractual en los supuestos de ausencia de financiación externa	252
III. La renuncia contractual	255

	<u>Página</u>
1. <i>Consideraciones generales. La renuncia como incumplimiento imputable al contratista</i>	255
2. <i>Efectos de la resolución contractual por renuncia o abandono del contratista</i>	259
2.1. Abono del precio correspondiente a la prestación realizada.....	259
2.2. La discutible posibilidad de incautar la garantía definitiva en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista	260
2.3. Algunas propuestas de interpretación de lege data y otras de lege ferenda	273
2.3.1. La moderación de la incautación en los supuestos de renuncia por causas económicas ..	275
2.3.2. El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración. Caracterización del incumplimiento como culpable ..	279
2.3.2.1. Consideraciones generales.....	279
2.3.2.2. Crisis económica, resolución contractual y modulación de las partidas indemnizatorias.....	282
2.3.3. Algunas consideraciones sobre aspectos procedimentales. En especial, el momento en el que deben determinarse los daños y perjuicios ocasionados	286
2.4. La improcedencia de la imposición de penalidades en los supuestos de resolución contractual	291
2.5. La inhabilitación del contratista incumplidor: la prohibición de contratar	292
IV. Recapitulación	296

CAPÍTULO VII

LOS CONVENIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS Y RECLAMACIONES CONTRACTUALES	299
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY	

I. El sistema de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública	299
---	-----

SUMARIO

	<u>Página</u>
II. La competencia para la resolución de recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad.....	302
III. Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones en materia de contratación pública.....	306
IV. Naturaleza jurídica de los convenios sobre atribución de competencia para la resolución de recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previstas en la Ley 31/2007	309
V. Análisis de los Convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.....	312
1. Alcance subjetivo.....	313
2. El ámbito objetivo de los Convenios	313
3. Aspectos procedimentales para el ejercicio de la competencia atribuida por el Tribunal Administrativo Central	314
4. Competencia temporal del Tribunal Administrativo Central.....	315
5. Causas de extinción de los Convenios	315
6. Las condiciones en que las Comunidades Autónomas sufragan los gastos derivados de la atribución de competencias al TACRC	316
VI. Convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía	318
VII. La competencia jurisdiccional en el caso de recursos resueltos por órganos que tienen su competencia atribuida en virtud de un convenio.....	321
VIII. Una consideración final.....	323

CAPÍTULO VIII

LAS INSTRUCCIONES PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS EXTERNOS EN EL SECTOR PÚBLICO.....	327
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA	

I. La necesidad de dictar instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos en el ámbito del sector público	327
1. La cesión ilegal de trabajadores y sus consecuencias en el ámbito de las Administraciones Públicas	328
2. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y su incidencia sobre esta materia	331

	<u>Página</u>
3. <i>La Resolución de 27 de octubre de 2010, de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales</i>	334
4. <i>El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad</i>	336
II. Contenido de las instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por las Administraciones Públicas	337
1. <i>Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de las Instrucciones.....</i>	338
2. <i>Contenido de las Instrucciones en relación con la correcta ejecución de los servicios externos</i>	340
2.1. <i>El objetivo que se persigue y los instrumentos que proporciona la normativa sobre contratos públicos</i>	340
2.2. <i>Contenido básico de las instrucciones</i>	343
2.3. <i>Otros contenidos que puede resultar conveniente introducir en las Instrucciones que regulan la ejecución de servicios externos</i>	346
3. <i>Medidas complementarias a la aprobación de las instrucciones</i>	347

IV. OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

CAPÍTULO IX

OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2012.....	351
<i>FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA</i>	
I. Puesta en funcionamiento de órganos de recursos contractuales en 2012.....	352
II. Consideraciones generales sobre la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2012.....	358
III. Análisis estadístico de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2012	361

SUMARIO

	<u>Página</u>
1. <i>Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)</i>	362
2. <i>Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)</i>	362
3. <i>Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TCPCM)</i>	363
4. <i>Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA)</i>	364
5. <i>Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCYL)</i>	364
IV. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos procesales o de forma del recurso	365
1. <i>La calificación del escrito de recurso</i>	365
2. <i>Contratos susceptibles de recurso</i>	366
2.1. <i>Cuestiones generales</i>	366
2.2. <i>Contratos de naturaleza privada</i>	367
2.3. <i>Competencia de los tribunales de recurso tribunal aunque el contrato se ejecute en el extranjero</i>	368
2.4. <i>Contratos no susceptibles de recurso</i>	370
2.4.1. <i>Concesiones de dominio público</i>	370
2.4.2. <i>Contratos que no superan los umbrales establecidos para que pueda plantearse recurso especial</i>	371
2.4.3. <i>Contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP</i>	371
2.4.4. <i>Contratos administrativos especiales</i>	372
3. <i>Actos susceptibles de recurso</i>	373
3.1. <i>Actos no recurribles</i>	373
3.2. <i>Actos recurribles</i>	376
3.3. <i>El alcance del principio de congruencia del licitador</i> ..	377
4. <i>Legitimación para recurrir</i>	378
4.1. <i>Personas jurídicas</i>	379
4.1.1. <i>La necesidad de participar en la licitación o tener aptitud para ello como requisito de legitimación</i>	379

	<u>Página</u>
4.1.2. La legitimación de los grupos políticos.....	380
4.1.3. Las Asociaciones, sindicatos o agrupaciones profesionales.....	381
4.2. Legitimación de trabajadores.....	383
4.3. Legitimación individual de los concejales.....	385
5. <i>Plazo de presentación del recurso</i>	388
5.1. El dies a quo para recurrir: «... desde el día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado».....	388
5.2. Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica	390
5.3. Recurso contra la exclusión del licitador por la Mesa .	392
6. <i>Anuncio previo de la interposición del recurso al órgano de contratación</i>	394
7. <i>Lugar de presentación del recurso</i>	395
8. <i>La acreditación de la representación</i>	396
9. <i>Multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso</i>	397
10. <i>Efectos de la resolución</i>	398
V. La doctrina de los órganos de recurso. Aspectos materiales o de fondo del recurso	400
1. <i>Los Pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato</i>	400
1.1. Aptitud para contratar. Personalidad jurídica y capacidad para contratar	400
1.1.1. Capacidad de obrar de las Agrupaciones de interés Económico y las Comunidades de Bienes	401
1.1.2. El objeto social de las Uniones Temporales de Empresa.....	401
1.2. Requisitos de solvencia.....	402
1.2.1. Proporcionalidad y adecuación de los requisitos de solvencia.....	402
1.2.1.1. La exigencia de un número mínimo de contratos ejecutados similares	403
1.2.1.2. La exigencia de titulaciones profesionales	404

SUMARIO

	<u>Página</u>
1.2.1.3. La exigencia de seguros de responsabilidad civil	406
1.2.2. La integración de la solvencia con medios externos	407
1.3. Los criterios de adjudicación	409
1.3.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación.....	410
1.3.2. La valoración de las mejoras.....	411
2. <i>La imposibilidad de subsanación de las ofertas. Límites</i>	415
3. <i>La extemporaneidad en la presentación de la oferta</i>	419
4. <i>Las Resoluciones de adjudicación. La necesidad de motivar adecuadamente la adjudicación y la no adjudicación</i>	420
5. <i>Otras cuestiones de interés</i>	423
5.1. El procedimiento negociado.....	423
5.2. La posibilidad de licitar de los medios propios	424
5.3. Vulneración de la normativa sobre propiedad industrial.....	427
5.4. Subrogación de trabajadores: ¿existe el deber de comprobar la suficiencia de costes del condicionado o la oferta respecto del personal a subrogar?. Su relación con las ofertas anormalmente bajas. Adecuación del presupuesto de licitación al mercado	427
5.5. Solicitud de aclaración de ofertas por los órganos de contratación.....	432
5.6. Secreto de las proposiciones	433
5.7. La exigencia de «marcas blancas» no pueden ser un criterio de adjudicación.....	435
5.8. La posibilidad de incluir dentro de un mismo contrato objetos distintos.....	436
5.9. Unificación de una multiplicidad de contratos del mismo objeto. ¿Barrera a la libre competencia?	438
5.10. La confidencialidad de las ofertas de los licitadores....	439

V. DOCUMENTOS DE INTERÉS

CAPÍTULO X

MEMORIA DEL I ENCUENTRO DE COORDINACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL DEL TRLCSP.	443
I. Reformas a introducir en la regulación del recurso de cara a una futura nueva Ley de Contratos (o una modificación sustancial de la vigente).....	445
II. Congruencia de las resoluciones; especial incidencia sobre la posibilidad de calificación de los contratos sometidos a nuestro conocimiento cuando sean determinantes de la competencia de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales y determinación de los umbrales cuantitativos de competencia.....	448
III. Posibilidad de examen de pliegos no impugnados cuando adolecen de nulidad de pleno derecho. Examen de las causas concretas. Examen de los pliegos no impugnados cuando se produce un uso discriminatorio de la discrecionalidad técnica en aplicación de criterios de valoración no recogidos correctamente en los pliegos	450
IV. Cómputo del plazo para interponer el recurso en el caso de notificaciones defectuosas.....	450
V. Formalización de los contratos como causa de inadmisión del recurso.....	450
VI. Prueba cuando lo solicitan o se practica de oficio.....	451
VII. Examen del computo de plazos para impugnar los PCAP.....	451
VIII. Sistema o mecanismo de armonización de criterios, si es procedente, en el caso tanto de cambio de criterio como de apartamiento del criterio de otros tribunales.....	452
IX. Ruegos y preguntas.....	452

Introducción

Con esta nueva entrega –la tercera consecutiva, correspondiente al año 2012– llegamos ya a consolidar el *Observatorio de Contratos Públicos* como obra que recopila las cuestiones más interesantes relacionadas con la actividad contractual del Sector público. Esta nueva edición ha sido posible gracias a la obtención –tras el oportuno proceso de concurrencia competitiva– de un nuevo proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (*Hacia una contratación pública eficiente: medidas de simplificación y mejora de los procesos de compra pública*, ref. DER2012-39003-C02-01) dirigido por el prof. José María GIMENO FELLIÚ.

En el mes de enero de 2012, en la ciudad de Trento (Italia), los responsables del *Observatorio de contratación pública* y del *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, firmaron un Convenio de colaboración para impulsar la realización de actividades conjuntas. Fruto de ese Convenio, se incorpora a esta edición del Observatorio el trabajo de uno de los miembros del Observatorio italiano sobre la función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública (M. COZZIO).

En esta nueva edición del Observatorio hemos incluido algunos trabajos de prospectiva, con la vista puesta en el proceso de «renovación» del Derecho europeo de contratos públicos que se encuentra en avanzado estado de gestación, y que obligará, más pronto que tarde, a la remodelación de la normativa interna sobre contratación pública. Así, se incluye un trabajo específico sobre el contenido de las nuevas Propuestas de Directivas de «cuarta generación» (J. A. MORENO), otro que analiza la influencia del principio de eficiencia en la contratación pública en su trabajo sobre «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local» (J. M. GIMENO).

En el apartado de novedades en la legislación de contratación pú-

blica incluimos una reseña de la regulación de la contratación pública en las disposiciones financieras de la Unión Europea (Reglamento financiero y sus normas de desarrollo) (T. MEDINA).

En el ámbito del análisis particular de algunas cuestiones especialmente relevantes en el ámbito de la contratación hemos optado por incluir trabajos relacionados con el análisis de los riesgos en los contratos de concesión (M. FUERTES); la resolución de los contratos (I. GALLEGO); los convenios de atribución de competencias para la resolución de los recursos especiales al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (M. A. BERNAL); y las instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos en el sector público (A. SANMARTÍN). En el apartado de Observatorio hemos incluido el análisis de la actividad de los órganos de recurso especial correspondiente al año 2012 (J. VÁZQUEZ)

Además, para contribuir a la difusión de la doctrina de los órganos de recurso especial en materia de contratación, hemos decidido incluir como documento de interés la *Memoria del I encuentro de coordinación entre los distintos órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia contractual del TRLCSP*.

El objetivo final de este libro es continuar dando opinión sobre la cuestión de la contratación pública, tanto como marco normativo en continuo movimiento, como política pública estratégica en el devenir de la forma de actuar de los poderes públicos. El nuevo paquete legislativo comunitario –el cuarto– y su necesaria trasposición en España obligan a repensar cómo implementar esta nueva normativa, con el fin de garantizar el derecho a una buena administración cimentada sobre los paradigmas de eficiencia e integridad.

Zaragoza, mayo de 2013.

I. REFLEXIONES GENERALES

La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza*

I. INTRODUCCIÓN. LOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL EN ESPAÑA

Sin duda, la Administración municipal afronta importantes retos en pleno siglo XXI. La globalización de la economía, la mejora de infraestructuras y acceso a la información, la implantación progresiva de las TICs en la gestión administrativa son referentes que nos obligan a modular paradigmas tradicionales. En este proceso de cambio, sin duda, se deben tener en cuenta las reglas de funcionamiento del derecho comunitario que han penetrado, por supuesto, en la organización y gestión de los municipios.

Y, por supuesto, deben tenerse muy en cuenta los condicionantes económicos derivados de la crisis.

En el debate sobre organización local y la cooperación hay que atenderse al actual contexto socioeconómico así como a las decisiones adoptadas ya en países de nuestro entorno (entre otros Portugal, Alemania, Austria o recientemente Grecia e Italia) sobre el reto de una reforma de la organización administrativa local, que respetando el principio de subsidiaridad recogido en la Carta de Autonomía Local, permita cumplir con el fin de dotar a la misma de los niveles de competencias y servicios adecuados para la mejor satisfacción del interés público y dé

respuesta a los derechos e intereses de los ciudadanos¹. El elemento principal sobre el que debería pivotar esta nueva regulación es el mapa municipal, claramente fragmentado y excesivo que resulta claramente insostenible, tanto desde el paradigma de organización territorial como de eficiencia en la organización administrativa. Asimismo, el carácter multinivel de la organización administrativa en España aconseja una revisión del modelo.

Conviene debatir sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Por supuesto, la simplificación administrativa y la profesionalización de la gestión desde el ámbito de referencia más adecuado son herramientas necesaria para conseguir este objetivo². El Tribunal de Cuentas ha llamado la atención³:

1. *«La racionalización y la evolución del sector local hacia un modelo más eficaz y eficiente para el desempeño de las competencias que el ordenamiento jurídico otorga a las entidades locales, pasa por el estudio y diseño de un mapa local acorde a las necesidades demográficas, económicas y sociales actuales y orientado a formas más lógicas de prestación de servicios a los ciudadanos, eliminando y evitando, en lo posible, tanto la duplicidad de actuaciones y solapamiento de competencias no sólo entre distintas entidades locales sino entre distintas administraciones públicas en especial, así como la persistente presencia de entidades que no prestan ningún servicio o que carecen de actividad y promoviendo, en su caso, fórmulas de agrupación de entidades para una mayor economía, eficacia y eficiencia en la prestación de servicios.*

2. *Simultáneamente, sería necesario abordar integralmente la regulación de las funciones encomendadas a la administración local mediante la atribución de un elenco cerrado*

1. Vid. la obra colectiva *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, dir. L. COSCULLUELA y L. MEDINA, y coordinada por M. HERNANDO, Navarra. Civitas, Thomson Reuters, 2012.
2. Me remito al libro colectivo *La organización Local. Nuevos modelos*. Aranzadi/Catedra Derecho Local de Aragón, 2011.
3. Son recomendaciones que se incluyen en el Informe nº 931, cerrado en octubre de 2011, que repiten las realizadas anteriormente, con ocasión del Informe nº 890, de Fiscalización del Sector Público local. Ejercicios 2006, 2007 y 2008, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, el 24 de marzo de 2011 (pueden consultarse en <http://www.tcu.es/uploads.>)

de competencias precisas que permitan garantizar su suficiencia financiera. Asimismo sería necesario que esta regulación evitara la actual proliferación de entidades integrantes del sector institucional local, restringiendo las causas de constitución de los entes instrumentales mediante su vinculación con la ejecución de servicios públicos prestaciones o con el desarrollo de actividades económicas, con expresa exclusión de aquellos servicios meramente administrativos».

Es cierto que es momento de reformas –así se entiende la posición de reforma de la LRBRL planteada por el Gobierno–. Aunque como bien ha indicado Alba NOGUEIRA LÓPEZ, la necesidad de abordar reformas estructurales ha sido una letanía incesantemente repetida desde el estallido de la crisis⁴. Late detrás, la idea de una necesaria gestión más eficiente de las competencias municipales, cuestionando el actual modelo por ineficiente. Quizá no sea una cuestión de número de organizaciones, sino de cómo se ejercen las competencias⁵.

Por ello, en pleno debate sobre la reforma y reorganización de la estructura local en España, parece oportuno presentar una serie de reflexiones sobre como desde la contratación pública pueden existir alternativas a una gestión de las competencias locales distinta, basada en el principio de cooperación⁶.

II. UN EJEMPLO CONCRETO DE SU INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL Y SU ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL PARÁMETRO DE EFICIENCIA COMO ELEMENTO DE DECISIÓN

Pues bien, en el marco de este trabajo, quisiera concretar la incidencia que la regulación de la contratación pública tiene en la gestión y organización de las entidades locales y las posibles fórmulas de cooperación en aras a satisfacer el principio de eficiencia. Materia ésta de marcado carácter transversal que sí tiene importantes matices a tener en

4. A. NOGUEIRA, «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades», ya publicada en las Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.
5. Como indica F. VELASCO CABALLERO, una administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular («La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», *La Organización Local. Nuevos Modelos*, José María GIMENO (coord.), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 138). Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino como es posible una mejor gestión competencial.
6. Vid. T. FONT I LLOVET, «La reforma de la planata local», *REDA*, núm. 158, 2013, pp. 11-15.

cuenta por y para los municipios. El principio de cooperación (junto al de colaboración) es un principio inspirador de las relaciones entre los sujetos públicos⁷. Así lo señalan los arts. 3.2 LRJ-PAC, y específicamente en el ámbito local, en el art. 10.1 LRBRL. Su articulación práctica ha de servir para flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias

La cooperación administrativa de las Entidades locales se caracteriza, en primer lugar, por su voluntariedad (art. 57 LRBRL), circunstancia que la diferencia de la «coordinación» por implicar esta última un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado. Además de su voluntariedad, debe advertirse que la cooperación no supone alteración ni de la titularidad ni del ejercicio de las competencias de las Entidades cooperantes (STC 214/1989, FJ 20)⁸.

La justificación y parámetro de estas técnicas de cooperación intermunicipal en el ámbito de la contratación pública esta, por tanto, en la mayor eficiencia⁹. Principio esencial para poder decidir como escoger la fórmula organizativa más adecuada y de debe de servir para valorar las distintas consecuencias y efectos que determinada opción organizativa comporta.

7. En ocasiones, la cooperación también se ha configurado como competencia (no material sino de tipo funcional) que quien la tiene atribuida ejerce sobre una determinada materia. Baste indicar, a título de ejemplo, la atribución que el art. 36.1.b LRBRL realiza a favor de las Provincias, en relación, con la cooperación económica, jurídica y administrativa con los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.
8. Esta cooperación es una clara opción a fórmulas de supresión organizativa. De interés el trabajo de MARCOS ALMEIDA CERREDA, «La cooperación entre Municipios en el desarrollo de funciones administrativas y en la gestión de servicios públicos. Una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España», *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012, p. 601.
9. Vid. J. M. GIMENO FELIU, «El principio de eficiencia», en libro col dirigido por J. Santamaría Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2010; M. VAQUER CABALLERÍA, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss. En la búsqueda de la eficiencia debe tenderse a economías de escala (es decir, cuando el coste de elaboración o prestación de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de unidades elaboradas o de servicios efectuados) o cuando se dan economías de densidad (es decir, cuando el coste de distribución de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de potenciales perceptores o usuarios radicados en el área de reparto o prestación de dicho producto o servicio). sobre estas externalidades, el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local*, Madrid, 2005 (http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Monografias/parrafo/011111111111111118/text_es_files/Libro-Blanco-Gobierno-Local.pdf), consultado en noviembre de 2012.

Como es sabido, el mundo de los principios tiene por finalidad informar al aplicador de la norma y aportar cierta claridad en la interpretación jurídica favoreciendo cierta predictibilidad del ordenamiento jurídico. Pero también sirven para delimitar el alcance concreto de las decisiones administrativas condicionando la posibilidad de acción y posibilitando un control jurisdiccional de las mismas. Existen, no obstante, principios de carácter instrumental mientras que otros tienen un marcado carácter sustantivo. Pues bien, el principio de eficiencia forma parte de esta última categoría, revistiendo ciertas notas propias que hacen de él un principio de especial relevancia en la práctica de la actuación de los poderes públicos en tanto actúa como guía orientadora en el desarrollo de la función administrativa¹⁰. Un principio que, si bien etimológicamente parece coincidir con el de eficacia¹¹, presenta notas propias aunque, como pone de relieve el profesor L. PAREJO, el principio de eficacia incluye de suyo el principio de eficiencia¹².

Se trata de un principio claramente relacionado con la Economía, lo que se explica en el hecho del rol que juegan los poderes públicos en el desarrollo de las distintas políticas económicas¹³. Como ya advirtiera el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, la evolución del Derecho Administrativo pasa en la actualidad por la problemática surgida en torno al hecho

10. Sobre esta cuestión del contenido, alcance y eficacia de los principios jurídicos resulta de interés el libro de M. BELADIEZ ROJO, *Los Principios Jurídicos, Cuadernos Civitas*, 2ª ed, 2010. También. DESDENTADO, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, 1997, pp. 145-146 y 168. También PONCE, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 473)
11. PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, 1995, p. 92
12. (PAREJO ALFONSO, L., **Eficacia...**, p. 106. También PONCE, J., *Deber...*, p. 478). En todo caso debe insistirse en que la eficiencia se distingue de la eficacia pudiendo ser una medida eficaz pero ineficiente. MENÉNDEZ PÉREZ, S., «El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial», en libro col. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, Madrid, 1995 pp. 22 y ss.
13. En efecto, el contexto ideológico, político, económico e institucional actual es bien diferente de aquel a partir del cual se construyó el Derecho Administrativo clásico (Estado liberal de Derecho como distinto, aunque no contrapuesto, al Estado Social de Derecho). El modelo teórico desde el que está construido el Estado de Derecho, y por tanto el sistema de relaciones Legislativo-Ejecutivo y Ejecutivo-Judicial (caracterizado por el principio de reserva de ley, legalidad, de fiscalización judicial, etc.) obliga a reelaborar –atendiendo, tanto a la relación del Derecho con la Economía y la internacionalización de ésta, como a la nueva configuración institucional derivada de nuestra integración en la Unión Europea– esas categorías dogmáticas para que puedan seguir siendo instrumentos adecuados para un análisis correcto de la realidad político-administrativa.

caracterizador de la moderna Administración, o sea, alrededor del fenómeno del intervencionismo económico (y del sistema prestacional) que ha puesto en marcha el Estado Social¹⁴. Esta afirmación no resulta sorprendente si se tiene en cuenta la suficientemente conocida interrelación entre Derecho y Economía, motivada por el hecho de que estas dos disciplinas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales, ocupándose ambas no sólo de indagar como funcionan las relaciones de la sociedad, sino también como mejorar su funcionamiento¹⁵.

Así, el Derecho repercute en la Ciencia económica, en primer lugar, sobre los aspectos micro y macroeconómicos, tal y como se ha puesto de relieve en los últimos años, en los que el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho¹⁶. Hasta tal punto ha llegado esta interrelación que el coste económico del Derecho se ha convertido en una de las lecciones de uno de los más conocidos manuales internacionales de análisis económico (Hal R. Varian), se aborda el coste microeconómico de las decisiones jurídicas en los tres campos siguientes: el delito y el castigo, la responsabilidad civil y la legislación antimonopolio llegando a las siguientes conclusiones:

- la economía puede utilizarse para analizar la elección de las actividades delictivas (en las que se incluyen las infracciones administrativas) y para estructurar los incentivos con el fin de desalentar el delito;

-
14. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, p. 578.
 15. Como ya dijera el profesor A. NIETO, el Derecho precisa del apoyo de las ciencias económicas y sociales ya que éstas son las que pueden detectar los intereses colectivos, el alcance y naturaleza de las comunidades portadoras de tales intereses y las verdaderas causas que hasta ahora han ido frenando su manifestación, así como las que han de condicionarle en el futuro. «La vocación...», ob. cit., p 30.
 16. Esta interrelación se manifiesta, como advierte TORRES LÓPEZ, en la influencia del ordenamiento jurídico en el acontecer económico al que «condiciona, neutraliza o dinamiza», como en la aceptación de la Ciencia Económica en el Derecho incorporando «categorías económicas al propio discurso jurídico» o que ha posibilitado conocer y evaluar la incidencia, en términos coste-beneficio, «del ordenamiento legal en el cuerpo social». *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 9-10 y 87-92. Sobre esta cuestión resultan también de interés los libros de A. MITCHELL POLINSKY (*Introducción al análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985) y H. B. SCHÄFER y C. OTT (*Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991). Y ya en la doctrina española, PAZ ARES «La Economía política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil* nº 2, 1981, pp. 601-707; SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; y MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, CEC, Madrid, 1994.

- la economía puede utilizarse para analizar el efecto de diferentes variantes de normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil;
- la economía puede utilizarse para valorar el efecto que producen en la conducta de las empresas las soluciones jurídicas para resolver el problema de la confabulación para fijar precios¹⁷.

Así pues, constatada la interpenetración Derecho-Economía, debe prestarse especial atención al análisis económico en la actuación de los poderes públicos, en cuanto nos debe permitir analizar las normas jurídico-administrativas así como las distintas decisiones de los poderes públicos para determinar en que medida impiden el «despilfarro» de recursos escasos a la vez que posibilita estudiar estas normas en función de las concretas consecuencias socioeconómicas que producen sobre los ciudadanos¹⁸. Finalmente, puede ser un instrumento útil de cara a la reducción del margen de discrecionalidad en la configuración de la norma jurídica y de la actuación administrativa, en cuanto puede servir para determinar si esta puede ser considerada como racional o razonable¹⁹.

En este contexto debe ser analizado este principio de eficiencia. Un

-
17. Hal R. VARIAN, *Microeconomía intermedia. Un enfoque moderno*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 591-603 (hoy ya en séptima edición). El análisis económico del Derecho, como destacan H. B. SCHÄFER y C. OTT (*Manual de análisis económico...*, ob. cit., p. 29), no concibe las normas jurídicas como parte de un conjunto de datos inmutables. Incluye el propio ordenamiento jurídico en el análisis económico, mientras interpreta las facultades jurídicas de actuación como una variable. De este planteamiento resultan ciertas cuestiones: 1) la existencia de una estructura jurídica establecida y la naturaleza y distribución de las facultades jurídicas de actuación; 2) los efectos de la estructura jurídica sobre el objetivo de la eficiencia en la asignación de recursos; 3) los auténticos requisitos para la formación de una estructura jurídica eficiente; 4) cómo debe constituirse la estructura jurídica de cara al objetivo de la eficiencia en la asignación de los recursos.
 18. Por ello, como sostienen H. B. SCHÄFER y C. OTT, el análisis económico del Derecho se distingue de conceptos según los cuales la justificación individual de las normas jurídicas reside en su elaboración de acuerdo con la Constitución sin que sean posibles otras fundamentaciones. También se distingue de aquellas concepciones que ven el valor de los actos y las decisiones considerados en sí mismos. *Manual de análisis económico ...*, ob. cit., pp. 21-22.
 19. Esto puede obligar, como indica PAZ ARES («La economía política...», ob. cit., p. 612), a la reformulación del Derecho según una racionalidad de tipo económico, que tendría especial interés, obviamente, en el ejercicio de potestades discrecionales. Esta cuestión de la discrecionalidad será analizada con mayor detalle en la Parte Tercera. I.D) de esta Memoria docente. En cualquier caso, sobre los límites del legislador puede verse, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 115-118.

principio que ha evolucionado presentando unas notas que lo convierten en uno de los principales «actores» en el escenario de la actuación y control de los poderes públicos y que aparece claramente vinculado con el derecho fundamental de buena administración (del que es requisito previo), aplicable a cualquier decisión de gestión administrativa (entendida esta en sentido amplio)²⁰. Así, la vertiente económica de la decisión administrativa cobra realce jurídico, pudiendo ser parámetro de control²¹. También es de clara aplicación en la asignación competencial local, que contribuye a maximizar el principio democrático, pues como señala F. VELASCO CABALLERO, cuando una administración local es competente sobre asuntos que no coinciden con su propia escala territorial se está produciendo un déficit democrático²².

Se trata éste de un principio de alcance y fundamento constitucional –artículo 31.2 CE (incorporado desde la ciencia económica²³) al declarar que «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»– y que ha figurado en toda la normativa presupuestaria²⁴. Así, a título de ejemplo conviene citar la Ley Orgánica 2/

20. PONCE SOLE, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, *ob. cit.*, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). *Vid.* J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública», *Libro Homenaje al profesor L. Martín Retortillo*, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641.
21. Este principio en derecho permite adoptar decisiones jurídicas más racionales. Economía y decisión jurídica forman así un todo que debe ser en su conjunto racional. Sobre la conveniencia de tener en cuenta aportaciones económicas por juristas CASALMIGLIA, A., «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *DA* 218-19, 1989, pp. 117 y sobre la valoración de la eficiencia en el llamado pensamiento análisis económico del Derecho puede consultarse el interesante resumen de PONCE, J., *Deber...*, pp. 474-478.
22. FRANCISCO VELASCO CABALLERO, «La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», *cit.*, p. 133. De hecho el anteproyecto de reforma de la LRRL anteproyecto amplía el listado de los principios que inspiran la distribución competencial en el ámbito local, contenidos en el vigente artículo 2.1 de la LRRL, incluyendo los principios de eficacia, eficiencia y sostenibilidad financiera.
23. PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, p. 93. Lo que significaría –como indica con carácter general M. ARAGÓN– que son de aplicación preferente frente a cualquier norma que los contradiga. *Constitución y democracia*, Tecnos, 1989, p. 82.
24. Lo que implica la utilización de técnicas de gestión que aseguren la máxima racionalidad y rentabilidad en el empleo de los recursos públicos. Por todos, GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, «Disciplina presupuestaria, estabilidad macroeconómica y eficiencia de las finanzas públicas», *Papeles de economía española*, n° 100, 2, 2004, pp. 17-31.

2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera:

«Artículo 7. Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

- 1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*
- 2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público».*

Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa y que permite su fiscalización tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente²⁵. Es ese, por lo demás, uno de los parámetros de control de los Tribunales de Cuentas. Y sería de especial interés «incentivar» la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una «mala práctica» de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria)²⁶.

En todo caso, es importante insistir en la idea de que el principio de eficiencia debe ser visualizado no desde una monolítica perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria) sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investi-

25. A partir de la exigencia constitucional de que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y de que su programación y ejecución responda a los principios de eficiencia y economía, los procesos jurídicos mediante los que se adoptan, ejecutan y controlan las decisiones relativas a la utilización de los recursos económicos del Estado, procesos que se articulan en torno a una institución básica: el presupuesto.

26. Vid. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, «Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público», en libro col. *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638.

gación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos²⁷.

Como hemos avanzado, este principio ha «ganado peso» en el Derecho administrativo mediante su incorporación al articulado de recientes leyes de carácter estructurante. Así, si inicialmente parecía un principio propio de la materia presupuestaria ahora presenta especial relevancia a la hora de informar y condicionar la actuación y la organización administrativa, siendo un elemento de fiscalización de indudable valor. Conviene intentar una valoración de la funcionalidad de este principio en determinadas «ramas» del quehacer administrativo para avanzar una serie de reflexiones.

En primer lugar, en materia de contratación pública, por su propia lógica, este principio desempeña una función de límite en la decisión de procedimiento y criterios de adjudicación (y de la modificación contractual). La Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 recoge expresamente este principio: Dice así el artículo 1:

«Objeto y finalidad.

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa»²⁸.

El principio de eficiencia en la política de contratación pública obliga a que se acompañe de un principio de transparencia –instrumental– con el fin de generar efectiva concurrencia en tanto así, mediante economías de escalas, obtener prestaciones a mejor precio. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como acaba de recordar la STJCE de 15 de septiembre de 2009, (Acoset) al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparen-

27. PONCE, J., Deber..., ob. Cit., p. 479.

28. Vid. Sobre ellos ahora los trabajos de MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; ESCUIN PALOP, Catalina, «Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n° 46, 2005 y GIMENO FELIU, José María, «La fuentes normativas en materia de contratación local», *Cuadernos de Derecho Local*, n° 14, 2007, pp. 24 a 56

cia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJCE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Así, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia (STJCE de 15 de octubre de 2008, Acoset SpA)²⁹. Desde esta perspectiva, bien puede afirmarse que el modelo del TRLCSP no resulta eficiente dado que en los contratos no armonizados, ex Instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administración pública (artículo 191 TRLCSP), se está fragmentando el mercado, con evidentes patologías que devienen en políticas con evidentes muestras de ineficiencia³⁰.

En concreto, si es el principio de eficiencia sobre el que se debe vertebrar como hacer una reforma organizativa, conviene analizar el concreto impacto de la regulación de la contratación pública en la concreta decisión organizativa de la Administración municipal en España, en tanto su análisis puede contribuir al debate actual. Compra conjunta y cooperación horizontal y vertical son los instrumentos que la legislación contractual nos ofrece³¹.

1. HACIA LA COMPRA UNIFICADA: LAS CENTRALES DE COMPRAS

Introducida como medida organizativa para la racionalización téc-

29. Una correcta y leal aplicación efectiva de los principios eficiencia y concurrencia, permiten ampliar el campo de actuación de empresarios y proveedores, lo que necesariamente deberá traducirse en una reducción de costes a través de los efectos de rendimiento de escala, y en un aumento de eficacia como consecuencia de la competencia; así como una mayor posibilidad de elección por parte de los poderes adjudicadores, con ahorro de dineros públicos y mejores satisfacciones desde el punto de vista de los ciudadanos
30. Esto significa que, a la hora de elegir el procedimiento, el mismo debe ser el que permita dar mayor efectividad a este principio. Y en relación con el mismo deberá tenderse a asegurar la máxima concurrencia para garantizar las economías de escala. Un ejemplo puede ser los contratos menores del artículo 138.3 TRLCSP. Aunque la Ley prevé que basta con factura, una adecuada interpretación sistemática aconsejaría regular el procedimiento introduciendo concurrencia mediante publicidad con medios electrónicos, (se podrán utilizar las bases de ejecución del presupuesto o bien por norma legal autonómica). *Vid.* mi trabajo *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010.
31. Idea de compra conjunta que se desarrolla expresamente en los artículos 35 a 37 de la Propuesta de Directiva de Contratación Pública [Bruselas, 20 diciembre 2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

nica, las centrales de compras (artículo 203 TRLCSP) –previstas en el artículo 1 de la Directiva 2004/18– se configuran como poderes adjudicadores profesionales, como instrumentos que permitan la mayor eficacia y eficiencia económica y de gestión, de tal forma que los órganos que dispongan de menores medios puedan encargar sus contratos a otros más preparados para su tramitación y toma de decisión (y más si se apuesta por la implantación de las TICs en contratación pública)³².

Obviamente, y como cuestión previa, debe advertirse que la central de compras es un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obra, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores. Así, esta opción es conforme a las disposiciones comunitarias por cuanto se presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras en los supuestos descritos han respetado las disposiciones de la norma, siempre que la central de compras respete y aplique correctamente los procedimientos de selección y adjudicación de contratos públicos.

Las Centrales de Compras son un ejemplo de técnica de simplificación administrativa y de especialización de los órganos de contratación de las Administraciones Públicas que tienen por objeto facilitar las adquisiciones y beneficiarse de economías de escala y consisten en admitir que los sujetos contratantes adquieran suministros y/o servicios (asistencias) por medio de una central de compras creada exclusivamente para tal fin teniendo ésta en todo caso la condición de sujeto contratante. La central de compras deberán poder igualmente adjudicar contratos o celebrar acuerdo marcos de obras, suministros y servicios destinados a los sujetos contratantes de las Administraciones Públicas de las que dependan o presten servicio. Con esta técnica se consigue una tramitación más eficiente y se favorece, mediante el incremento del volumen de compras, el traslado de los ahorros obtenidos entre todas las entidades públicas destinatarias de los servicios de una Central de Compras.

Los principales objetivos de esta técnica organizativa son la seguridad jurídica y confianza de los potenciales licitadores, permitiendo una eficaz transparencia que, acompañada de simplificación de los procedi-

32. Se rompe, de implantarse efectivamente, con la clásica atomización orgánica de las competencias de contratación, como bien ha advertido LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 121.

mientos permita obtener vía economía de escala obtener una mayor eficiencia de los recursos públicos. La principal potencialidad de estas Centrales derivará de la implantación de medios y procedimientos electrónicos de contratación.

Esta opción es conforme a los principios comunitarios sobre contratación pública por cuanto se presume que los sujetos contratantes que adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras en los supuestos descritos han respetado las disposiciones de la norma, siempre que la central de compras respete y aplique correctamente los procedimientos de selección y adjudicación de contratos públicos³³. Según el Informe 5/09, de 18 de diciembre, de la comisión permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del gobierno de las Islas Baleares:

«el objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos».

Por su parte el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 5/2010, de 14 de , sobre Forma y procedimiento de adhesión de las entidades locales de la provincia de Huesca a un acuerdo marco de su Diputación Provincial para la contratación del suministro de energía eléctrica, afirma que:

«por lo demás, conviene recordar que los principales objetivos de esta técnica organizativa son la seguridad jurídica y la confianza de los potenciales licitadores. Y permite una eficaz transparencia que, acompañada de una simplificación de los procedimientos, logra obtener, a través de las economías de escala, una eficiente utilización de los recursos públicos –en los términos del artículo 1 LCSP–».

Por ello, esta forma organizativa tiene importancias ventajas y debe servir para efectivo la previsión del artículo 22 TRLCSP:

2. «Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de

33. Como bien destaca RIVERO ORTEGA, R., con esta técnica deja de considerarse a la contratación pública como una tarea insoluble del resto de facultadas de todo ente público, pudiendo atribuirse esta función a entidades u órganos específicamente diseñados para hacerlo mejor, consiguiendo, se entiende, precios más económicos. «El precio de los contratos públicos», en libro col. Grandes temas de la contratación pública, Buenos Aires, 2006, p. 903.

los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley».

Esta técnica parece especialmente operativa en el ámbito de nuestra Administración local –excesivamente fragmentaria y escasa plantilla para sus fines– pudiendo jugar este papel las Diputaciones Provinciales a la vista de su función constitucional de asistencia y colaboración de los municipios (así lo indica la Disposición Adicional Segunda TRLCSP)³⁴. Centrales de compras llamadas a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios³⁵. No obstante, esta previsión no puede «crear» otras alternativas ni, por supuesto, puede justificar o amparar técnicas de coordinación y no de cooperación.

Se plantea, así, la duda de si es posible crear centrales de compras al margen de esta previsión DA 2ª TRLCSP. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 27/2009, de 1 de febrero de 2010. «Posibilidad de creación de una central de contratación por parte de una entidad local», entiende que no es viable tal opción afirmando que:

«Las entidades locales, que no sean Diputaciones Provinciales pueden adherirse a los servicios especializados de contratación centralizada creados por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Diputaciones Provinciales pero no asociarse entre sí para la creación de los mismos».

Por contra, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en el Informe 10/2011, de 27 de octubre, sobre la posibilidad de que el Consorcio de Salud y de Atención Social de Cataluña actúe como órgano centralizado de contratación y determinación de qué entes del sector público pueden actuar como órganos centralizados de contratación, efectúa un análisis completo de la normativa –haciendo referen-

34. Esta posición institucional de las Diputaciones provinciales –y de las comarcas– en el contexto de contratación pública es resaltada con acierto por FONT I LLOVET y PADROS CASTILLO, *La Ley de contratos de las Administraciones Públicas y contratación de la Administración Local*, en libro col. *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas*, Madrid, 2004, pp. 1607-1608.

35. Ver el Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 5/2010, de 14 de abril, sobre «Forma y procedimiento de adhesión de las entidades locales de la provincia de Huesca a un acuerdo marco de su Diputación Provincial para la contratación del suministro de energía eléctrica».

cia a los sistemas de racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas y otras entidades del sector público y analizando, en concreto, las previsiones legales y normativas que configuran el régimen jurídico de la contratación pública centralizada, tanto estatal como comunitario-, así como un repaso de la interpretación que de estas previsiones han llevado a cabo otros órganos consultivos en materia de contratación pública. Y se afirma que

«las centrales de compra, como servicios especializados que constituyen sistemas para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos públicos, son instrumentos de colaboración y de asistencia y cooperación jurídica y técnica que tienen como objetivo conseguir más eficacia en la contratación pública, facilitando y simplificando la gestión y reduciendo el gasto público» y que «no parece necesario ni justificado limitar su creación, en el ámbito de la Administración Local, a las Diputaciones Provinciales».

Tesis avalada en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 10/2012, de 20 de julio, donde se insiste en esta idea concluyendo que «Las entidades del sector público pueden centralizar la contratación de obras, servicios y suministros y atribuirlos a servicios especializados, con la finalidad de racionalizar y ordenar la adjudicación de sus contratos. En consecuencia, se considera conforme con la normativa de contratos del sector público que un municipio actúe como órgano centralizado de contratación y adquiera suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudique contratos o establezca acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados en éstos».

Esta opción parece la más acorde al marco normativo vigente pues es, por lo demás, una cuestión organizativa que debe ser resuelta en la lógica de los principios de la regulación local. Y nada hay más inherente a esta regulación que las fórmulas cooperativas y asociativas³⁶. Obviamente, en la decisión de crear una central de compras deben valorarse con carácter principal los costes de organización de implantación de esa estructura profesional, así como los eventuales ahorros u optimización de recursos. Además, resulta también conveniente valorar el concreto alcance del compromiso de cada Ayuntamiento de utilizar este medio de adquisición, que, quizá, puede alterar las propias características organizativas. En cuanto a la composición de la central de compras, esta debe ser una estructura estable y profesional en la que recae la competencia de la tramitación y, en su caso, adjudicación. Esto significa que

36. Esta misma opinión es defendida por R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 108-109.

deben asumirse unos costes financieros-organizativos al constituir esta central de compras, valorando y comparando los ahorros por la eventual optimización de recursos económicos con esta opción. Además, resultara necesario un acuerdo de adhesión a esta central, que concretará la modalidad de encargo que se realizará a la central de compras y establecerá, en su caso, las excepciones que considere oportunas en aras a preservar el interés propio.

La finalidad o funciones de esta central de compras, como mecanismo de cooperación, insistimos, podrán consistir en:

1. adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación, o
2. adjudicar contratos, o
3. celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

En consecuencia existe cierta libertad en cuanto a la función a encomendar a la Central de compras. Obviamente, si lo que se prefiere es dejar autonomía en la adjudicación del contrato, convendría optar por una central que tramita la licitación, correspondiendo la adjudicación al Ayuntamiento en cuestión. Esto significaría que el acto formal de adjudicación y el contrato serían realizados y formalizados por esta Corporación local. A partir de ese momento, este Ayuntamiento continuará los trámites específicos de ese contrato propio. Y por supuesto, es el presupuesto municipal quien «soportaría» el importe de este contrato.

Si lo que se prefiere es una gestión integral de todo el proceso licitatorio la opción mejor sería atribuir a esta Central dicha responsabilidad, habilitando previamente el crédito presupuestario suficiente a esta central de compras para hacer frente al contrato. El contrato se formalizará con la central de compras, que será la responsable de la ejecución.

Por otro lado el TRLCSP legal no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal y como previene la Directiva 2004/18, lo que a comportar evidentes economías de escala. Aquí la cooperación no exige una estructura estable ni esfuerzo económico. Esta solución plantea como ventaja la innecesariedad de crear una nueva estructura profesional, utilizando los servicios existentes de cada corporación local. Además, no obliga a su utilización de forma ordinaria sino solo para los contratos que así se convenga por los Ayuntamientos interesados. Como inconveniente es que no puede figurar como poder adju-

dicador la entidad mancomunada. La ausencia de previsión legal no impide esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* [COM(2011) 15 final], de 27 de enero de 2011³⁷, y que también se recoge en la propuesta de Directiva de contratación pública [COM (2011) 896 final 2011/0438] en sus artículos 35 a 37.

Una opción más formalizada sería utilizar las mancomunidades para tal fin, tal y como propone R. RIVERO ORTEGA, si bien, la proyectada reforma local en España puede impedir tal opción³⁸. Otra opción será las formulas consorciales, ex artículo 87.1 LRBRL, que habilitan tal opción organizativa más allá de la gestión de servicios públicos³⁹. Consorcio que puede ser utilizado como fórmula de colaboración con el tercer sector a la hora de facilitar la provisión de sus necesidades⁴⁰.

Sin embargo, la actual coyuntura económica de crisis financiera y de redefinición del modelo organizativo español, aconsejan soluciones no formalizadas, articuladas sobre acuerdos de cooperación de carácter convencional utilizando la estructura administrativa ya existente⁴¹. Convenios de cooperación que, lógicamente, deberán atender a esta causa y no «esconder» modalidades contractuales.

Y aquí puede resultar de interés la utilización de otra técnica de racionalización de la contratación pública como es el Acuerdo marco –conviene recordar que ya era una posibilidad que se contenía en la Ley 48/1998, a la que se da carta de naturaleza en la Directiva 2004/18–

37. Resulta de interés la contribución a dicho documento del grupo de investigación Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu. Puede consultarse en el libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516 (en especial, pp. 478-479). Esta misma opinión es sostenida por R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 109.

38. R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 110.

39. Resultan de interés los trabajos de C. BARRERO, «Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones», *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 45, 2002 y T. MEDINA ARNAIZ, «Las mancomunidades y los consorcios como fórmulas de prestación de servicios locales en Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 20, 2010.

40. R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 112.

41. R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 115.

regulados en los artículos 196 a 198 TRLCSP y abierto a todo tipo de contratos⁴². Mediante este nuevo procedimiento –al que no podrán recurrirse de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada– los sujetos contratantes podrán celebrar acuerdos marco, cuya duración no podrá superar los cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco⁴³. A través de este procedimiento «precontractual» los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador⁴⁴. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado –lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones–, los acuerdos marco pueden brindar a las PYMES la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes. Estas «mini licitaciones» deberían apoyarse en medios electrónicos con plazos

42. Ya destacó las ventajas de este tipo procedimental LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Contrato administrativo de suministro y centralización de compras públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 124. De hecho, la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, mediante Informe 5/2005, de 7 de julio, reconoció la aplicabilidad de este procedimiento en la LCAP, por efecto directo de la Directiva.

43. Por cerrar el mercado de los servicios postales el Acuerdo 39/2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón anula un Acuerdo marco por cuanto «el ámbito de este acuerdo, claramente excepcional por su amplitud desde la perspectiva subjetiva, que engloba la casi totalidad de la actividad administrativa en Aragón que, de hecho, recaerá en un único prestador del servicio, supone un cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante un plazo de cuatro años, lo que resulta contrario al principio de libre competencia». A este efecto restrictivo de la competencia conduce también el hecho de que no se hayan previsto lotes, lo que facilita mayor número de ofertas y más ajustadas en lo técnico y económico, y que la valoración como criterio de adjudicación de mayores medios personales y técnicos, en un contrato de tal dimensión beneficia claramente al licitador que originalmente ha mantenido una posición de operador del mercado, lo que dificulta, cuando menos, que el principio de apertura de los servicios postales sea realmente efectivo. Vid. igualmente, SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Una visión crítica sobre la guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», Gaceta jurídica de la Unión Europea y la competencia, núm. 21, 2011, pág. 21.

44. Vid. F. BLANCO LÓPEZ, «Procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP», en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 189-195.

cortos y criterios muy reglados⁴⁵. Y aquí puede programarse un Acuerdo marco conjunto, como ha admitido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe, 5/2010, de 14 de abril, sobre Forma y procedimiento de adhesión de las entidades locales de la provincia de Huesca a un acuerdo marco de su Diputación Provincial para la contratación del suministro de energía eléctrica reconoce que esta técnica de la adquisición conjunta del suministro de energía eléctrica para las necesidades de la Diputación Provincial de Huesca, así como de las Entidades Locales interesadas en la adhesión mediante un Acuerdo marco responde a la finalidad de obtener unas mejores condiciones de suministro, así como una previsible mejora de las condiciones económicas debido al gran volumen a contratar, realizándolo de forma conjunta, que genera economías de escala.

Para la celebración de un acuerdo marco, los sujetos contratantes, que deberán haberse previamente definido, seguirán las normas de procedimiento previstas en la Directiva 2004/18 y en el TRLCSP en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en este acuerdo marco. La elección de las partes del acuerdo marco –es un precontrato– se deberá efectuar aplicando criterios objetivos⁴⁶. Esta técnica permite que los contratos basados en un acuerdo marco se adjudiquen según los procedimientos que a continuación se expondrán y sólo serán aplicables entre sujetos contratantes y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco. En la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco, en particular cuando se celebre un acuerdo marco con un único operador económico, en cuyo caso los contratos basados en dicho acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a los términos establecidos en el mismo⁴⁷. Y cada una de las partes contratantes del Acuerdo marco aplicarán éste atendiendo a sus concretas necesidades.

Esta técnica de racionalización administrativa aporta simplificación, eficiencia y normalización. Pero encuentra un límite infranqueable, que consiste en que no puede utilizarse de manera abusiva, o de manera

45. El futuro texto normativo por el que se transponga el cuarto paquete legislativo sobre contratación pública debe insistir en esta posibilidad, «orientando» a los distintos poderes adjudicadores en este procedimiento.

46. Vid. F. PLEITE GUNDEMILLAS, «Racionalización técnica de la contratación», *Documentación Administrativa*, n° 274-275, 2006, pp. 116-121.

47. Evidentemente, en la adjudicación de estos contratos, los sujetos contratantes podrán consultar por escrito al operador que sea parte del acuerdo marco, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Así se establece en el artículo 196. 1. TRLCSP, cuando determina:

«Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada».

Es decir, junto a la lógica del principio de la eficacia y eficiencia pretendido por la entidad contratante en la justificación de este tipo de procedimiento, juega también, como otro principio a proteger el que no haya efectos restrictivos sobre la competencia. Un ejemplo lo tenemos en el Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un acuerdo marco en el ámbito postal, y donde se afirma lo siguiente:

«Y aquí radica el núcleo de la pretensión del recurrente, que exige determinar si el concreto diseño práctico de este acuerdo marco puede merecer el juicio de que es restrictivo de la competencia. Un dato importante es que se trata de un acuerdo marco con un único proveedor, lo que de por sí implica una limitación, que bien podría tener su justificación en la correcta prestación del contrato. Pero el ámbito de este acuerdo, claramente excepcional por su amplitud desde la perspectiva subjetiva, que engloba la casi totalidad de las entidades públicas de Aragón (Gobierno de Aragón, Diputaciones Provinciales, Comarcas, Mancomunidades y principales municipios), que necesariamente recaerá en un único prestador del servicio, supone un cierre del mercado público de los servicios postales en Aragón durante un plazo de cuatro años, lo que resulta contrario al principio de libre competencia.

Esta afirmación se encuentra avalada por el hecho de que el sector postal es un mercado recientemente liberalizado –Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, por la que se transpone la Directiva 2008/6/CE (en adelante Ley 43/2010), que declara que los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia– donde ha existido un operador dominante, que cuenta ya con los medios personales y materiales como consecuencia de dicha posición inicialmente monopolista, por lo que un acuerdo marco como el recurrido, por dicha dimensión, impide el principio recogido en la reciente legislación postal, quebrando en la práctica sus principios regulatorios. A este efecto restrictivo de la competencia conduce también el hecho de que no se hayan previsto lotes, lo que facilitaría un mayor número de ofertas y más ajustadas técnica y económicamente, y que la valoración como criterio de adjudicación de mayores medios personales y materiales, en un contrato de tal dimensión, beneficia claramente al licitador que originalmente ha mantenido una posición de operador dominante del mercado, lo que dificulta, cuando menos, que el principio de apertura de los servicios postales sea realmente efectivo.

I. LA CONTRATACIÓN CONJUNTA Y LAS FÓRMULAS DE COOPERACIÓN...

Por ello, debe admitirse este primer argumento del recurrente, y considerar que el acuerdo marco en cuestión, por su dimensión y operatividad –la ausencia de lotes– supone una limitación a la competencia, y favorece indirectamente al anterior operador dominante, quebrándose por ello el principio de igualdad de trato referido por el artículo 1 LCSP, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE –de la que resulta que el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (entre otras, SSTJUE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003, y 1 de julio de 2004)–, así como el artículo 101 LCSP que establece que los pliegos deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Por lo demás, no debe desconocerse que un régimen jurídico que facilite el acceso y favorezca la competencia de forma efectiva constituye un requisito imprescindible para llevar a cabo un gasto público eficiente, premisa en la que se justifica este acuerdo marco y que será de difícil realización por los argumentos expuestos».

Estas fórmulas de cooperación y colaboración concreta no formalizadas, frente a la opción de una central de compras, parecen encajar mejor con la filosofía de la propia entidad locales en los casos de pequeños municipios, resultando más flexible en la gestión del día a día, posibilitando la distribución de las licitaciones en función de la potencialidad de cada Ayuntamiento, a la vez que se conserva la identidad de cada Ayuntamiento, que tienen un evidente valor intangible.

Conviene, en todo caso, analizar con detalle la posibilidad de utilización de fórmulas organizativas consideradas como medios propios y la figura del convenio para poder concretar las posibilidades de colaboración en la idea de la compra conjunta.

2. LOS ENCARGOS A ENTES INSTRUMENTALES PROPIOS COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA Y DE COOPERACIÓN: LÍMITES

Un tema de gran repercusión práctica es el referido a la técnica de los encargos a medios propios y sus límites concretos⁴⁸. Cuestión de indudable calado dentro de la tradicional figura de colaboración administrativa entre distintas Administraciones o entidades del ámbito local. Situación habitual en el Derecho Administrativo que, como bien destaca

48. En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008 y M. VILALTA REIXACH, *Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, en especial pp. 313-376.

SOSA WAGNER, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación⁴⁹, resultando irrelevante el dato de la personificación jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de los Entes respecto del otro, la razón que impediría la existencia de una auténtica relación contractual entre dichos Entes⁵⁰. Así, estas prestaciones –inicialmente obras– encajaría en el supuesto de obras por la propia Administración, al resultar «extraño» acudir al mercado cuando una Administración goza de los instrumentos para prestar por sí misma una concreta prestación⁵¹.

La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario –rechazando las interpretaciones legales que llevaran a una solución contraria a normativa comunitaria–. La regulación actual, como comprobaremos, limita esta técnica de colaboración lo que obliga a repensar situaciones administrativas como la que se describirá⁵².

-
49. SOSA WAGNER, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003, p. 1317.
50. Como bien destaca A. HUERGO LORAS, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas», *RAP* 154, 2001, p. 130. Técnica que, como bien explica este autor, en modo alguno, dentro de los límites y finalidad supone contravención al derecho de libertad de empresa que proclama nuestra Constitución (p. 154). Como señala AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa, «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», *RAP* n° 170, mayo-agosto 2006, p. 264.
51. Como bien ha destacado T. DE LA QUADRA SALCEDO frente al dogma del contratista interpuesto nuestro derecho clásico ha contemplado esta posibilidad de ejecución de obras por Administración. «La ejecución de obras por la Administración», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 889-941.
52. J. L. MEILÁN GIL ha advertido, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 116. También BERBEROFF AYUDA, D., «Contratación pública...», ob. cit., pp. 56 a 58. Resulta de especial interés el reciente Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (julio 2013)». El informe analiza las restricciones a la competencia derivadas de las encomiendas de gestión a los medios propios, tanto aquéllas inherentes a la propia utilización de la figura como aquéllas otras que pueden aparecer adicionalmente. También explica los efectos sobre el aprovisionamiento público y, desde un

2.1. El origen de los denominados servicios in house providing

Esta técnica y su concreta problemática, desde la perspectiva de los contratos públicos encuentra su origen tanto en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50, de servicios, como en su artículo 6 al declarar respectivamente, que se considerará «prestador de servicios» cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, «incluidos los organismos públicos», pero que quedan excluidos de su ámbito «los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativa publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados medios propios a los que se realiza encargos de naturaleza contractual estarían al margen de esta normativa». La cuestión, amén de resbaladiza –y que no debe confundirse con los contratos de concesión de servicios⁵³–, no es modo alguno baladí, y menos si se analiza desde la perspectiva de que, posteriormente, esos medios propios tienden a no aplicar las reglas de contratación pública⁵⁴.

Pues bien, la cuestión ha tenido respuesta en la jurisprudencia del

punto de vista más general, sobre los mercados en que las Administraciones actúan como demandantes que se pueden derivar de una utilización extensiva e injustificada de las encomiendas. Finalmente, analiza las posibles justificaciones que pueden subyacer a la creación de medios propios y al propio uso de las encomiendas.

El Informe incluye una serie de recomendaciones que incluyen, en particular, propuestas de cambios regulatorios, en especial de la normativa de contratación pública. Además, se recomiendan diversas buenas prácticas administrativas dirigidas a todas las Administraciones Públicas, encaminadas a reforzar con medidas concretas la justificación previa al recurso a la encomienda de gestión y a introducir, de manera específica, mayor transparencia y publicidad en relación con su utilización.

53. Vid., GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, ob. cit., pp. 151-161.

54. La Propuesta de Directiva sobre contratación pública presentada en diciembre de 2011 y actualmente en tramitación viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del art. 11 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos *Teckal*:

«1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b) que al menos el 90 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...».

TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998 (BFI)⁵⁵, admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005)⁵⁶ dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal Srl, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En esta relevante sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

46. *«El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.»*

47. *Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.»*

48. *Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.»*

49. *Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.»*

50. *A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.»*

51. *Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autó-*

55. En cuanto a su concreto alcance, por todos, puede verse las observaciones formuladas por M. FUERTES en su trabajo «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», REALA n.º 279, 1999, pp. 31 y ss.

56. Sobre la evolución jurisprudencial en este asunto resulta de interés el trabajo de LECUYER-THIEFFRY, C. y THIEFFRY, P., «Les prestataires effectués in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours», AJDA 17,2005, pp. 927-933.

noma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora».

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, «ARGE», (doctrina confirmada en las Sentencias, Stadt Halle, de 11 de enero de 2005, Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, Agusta Spa, de 8 de abril de 2008 y Sea Srl, de 10 de septiembre de 2009)⁵⁷ al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores:

«El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)».

No obstante, como ya hemos advertido, la Sentencia clave en este asunto es, sin duda, como recuerda la Sentencia ARGE, la de 18 de noviembre de 1999 («Teckal»), pues, aunque el supuesto analizado se refiere a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de la contratación pública, admitiendo el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y realice su actividad esencial para quien le controla⁵⁸. En resumen, esta Sentencia (en cuestión prejudicial sobre la base del actual 234 TCE) –en la que se falla la obligación de aplicar las Directivas de contratos públicos cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora–, analiza la

57. Vid. mi trabajo «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», Informe Comunidades Autónomas 2005, Instituto Derecho Público, Barcelona, 2006, pp. 838-858.

58. Comenta esta Sentencia en la doctrina italiana C. ALBERTI «Appalti in house, conceSSIONE in house ed esternalizzazione», *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 3-4, 2001, pp. 495 y ss. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la STJUE de 8 de mayo de 2003 en el caso de TRAGSA, considerando que los encargos a esta empresa estatal que realiza el Estado serían servicios *in house*. Al respecto puede consultarse el libro de AMOEDO SOUTO, TRAGSA, *Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 102-108.

relación jurídica que une a un ayuntamiento italiano (Comune di Viano) con una mancomunidad de la que es partícipe y cuyo objeto es el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales, y en la que una empresa privada con idéntica actividad pretende que se declare, como así se concluye por el Tribunal, que dicha relación es un contrato de suministros cuya adjudicación debe producirse mediante los procedimientos competitivos previstos en la Directiva. En esta Sentencia se opta por un concepto funcional de «contrato» y de «contratista» (análogos al concepto funcional de «poder adjudicador» del que ya se ha dado cuenta en este trabajo), siendo irrelevantes la tipología jurídica del suministrador y, por supuesto, la denominación que las partes o el derecho nacional den al negocio. De ahí que, por no aplicar las reglas de las Directivas de contratación Pública, se condene a la República Italiana.

En todo caso, y aquí radica su importancia, si bien es cierto que la Sentencia no aplica la cláusula del artículo 6 de la Directiva 92/50, pues aunque el litigio versaba, insisto sobre un contrato mixto de servicios y suministro se calificó como de suministro atendiendo al dato de que el valor de los productos era superior al de los servicios a que se refiere el contrato, y en la Directiva 93/36 no hay un precepto similar u homólogo, el fallo (en relación o conexión a su considerando número 50) viene a excluir del ámbito de las Directivas los contratos *in house providing* siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativos, que a continuación desarrollamos y que deberán, caso por caso, ser analizados por el Juez nacional⁵⁹:

«Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (cursiva nuestra)⁶⁰.

La jurisprudencia comunitaria exige para que se pueda entender

59. Para dicha labor pueden resultar especialmente útiles las Conclusiones del Abogado General en el citado asunto «ARGE». Para un análisis de la relación de los contratos «in house providing» con el concepto comunitario de «concesión», me remito a lo que se dice en este trabajo más adelante.

60. Vid. P. DELVOLVE, «Marchés publics: les critères des contrats maison», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nº 1 de 2002, pp. 53 y J. ARNOULD, «Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au regard des règles communautaires», *RFDA*, nº 1, 2001, pp. 12-13. Comenta también estos requisitos SERRANO CHAMIZO, J., en la ponencia «Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho Comunitario», presentada en el Seminario celebrado en Vitoria el 23 de mayo de 2002, pp. 6 a 12 del texto mecanografiado. Igualmente AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios...*, ob. cit., pp. 103-105.

que estamos en presencia de un *servicio in house providing* los siguientes requisitos de carácter acumulativo⁶¹.

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual⁶². El criterio del «control

61. En cuestión prejudicial presentada por la República de Italia las conclusiones de la Abogada General CHRISTINE STIX-HACKL presentadas el 12 de enero de 2006 –Asunto C-340/04, Carbotermo Spa y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio parte coadyuvante: AGESI, sobre el alcance de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación *cuasi* interna y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckaly precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau – son: La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

- los intereses de los titulares de participaciones;
- la transformación de la «azienda municipalizzata» en una sociedad anónima;
- la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;
- la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;
- el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;
- las facultades del consejo de administración de AGESP, y
- la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80 % previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

62. Por no concurrir este requisito se admite como válida la opción de adjudicar en un proceso de licitación a una empresa mercantil pública que no se configura como medio propio. Es el caso analizado en la Sentencia Concordia de 17 de septiembre de 2002. Al respecto puede consultarse S. ORTIZ VALMONTE, «Ambito subjetivo de

análogo al ejercido sobre sus propios servicios» implica –como hemos venido interpretando⁶³– una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante⁶⁴. A este respecto, conviene advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz pues, como destaca P. DELVOLVE la influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un autocontrato). Como advierte este autor, el concepto de la influencia dominante no es sinónimo del concepto de control análogo, por lo que, en modo alguno, pueden ser consideradas con carácter general las empresas públicas como supuestos de *in house providing*⁶⁵. En todo caso, lo que si resulta evidente es que no se considerarán servicios *in house* y, por tanto, estarán dentro del ámbito de las Directivas los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos.

aplicación de la Ley y de las Directivas comunitarias de contratación pública», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 1511-1514.

63. GIMENO FELIÚ, J. M.: *La nueva contratación...*, ob. cit., p. 142.

64. Sorprendentemente, y pese a la importancia práctica –amén de conflictividad– la única definición de «control análogo» que hasta la fecha se puede encontrar en el Derecho comunitario positivo, es la afirmación del art. 5 del Reglamento (CE) n° 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, donde al hablar de la adjudicación de los contratos de servicio público se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. En este sentido: «...para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100 % por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios.»

65. P. DELVOLVE, «Marchés publics...», ob. cit., pp. 54-55. Por el contrario, entre Departamentos distintos pero de la misma Administración, de existir relación vertical y no horizontal, no hay problemas para, mediante protocolos, se puedan solicitar dichos encargos de prestación sin tener que someterse a la normativa de contratación pública.

Y así, el propio Tribunal ha afirmado la existencia de tal control cuando la Entidad pública tiene la facultad de designar a los miembros de los órganos directivos y condicionar la actividad del medio propio (por ejemplo, fijando los gastos de funcionamiento del medio propio, reservándose la potestad de verificación de determinados acuerdos mediante el nombramiento de un funcionario encargado de orientar y controlar las operaciones del medio propio, y ejerciendo un control sobre la contabilidad del medio propio para asegurar la plena aplicación de las normas contables)⁶⁶.

Una matización de gran relevancia para el caso que nos ocupa a este requisito es introducido por la STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) –y corroborado por la STJUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana*– y la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *sea srl.*, al afirmar que⁶⁷:

«En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva».

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación⁶⁸.

66. Cfr. STJUE de 17 de julio de 2008, As. C-371/05, *Comisión vs. República italiana*, apdos. 25 y 26.

67. Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

68. A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada. *Vid.* P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas», *RGDA*, nº. 12, 2006, p. 17.

Así lo ha confirmado la STJUE de 8 de abril de 2008 (Comisión/ República de Italia) al afirmar lo siguiente:

28. *«En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).*

29. *Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.*

30. *De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.*

31. *En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Agusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación "in house" entre dicha sociedad y el Estado italiano» (negrita nuestra).*

Finalmente, esta cuestión del control análogo ha sido también objeto de estudio en la STJUE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen) en la que se resuelve que no puede entenderse que en el caso de una autoridad pública concedente ejerce sobre la empresa concesionaria un control análogo al de sus propios medios⁶⁹.

69. Apartados 67 a 70 de la Sentencia. Un comentario de esta sentencia es efectuado por ARIMANY LAMOGLIA, «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales», *Cuadernos Derecho Local*, nº 9, 2005, pp. 48-64. En este caso El TJUE resuelve que los artículos 43 TCE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

Es decir, sin control análogo, interpretado restrictivamente, no puede existir una relación *in house* y, en ese caso sí, se afectaría a la regla de la libre competencia⁷⁰. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual⁷¹. Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve BERNAL BLAY (en correcta interpretación de la doctrina Cabotermo)⁷². Control análogo que es de carácter funcional y no formal –no basta con la mera declaración legal– que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Criterio que consolida la STJUE de 10 de septiembre de 2009 al indicar que:

«Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

-
70. En favor de una interpretación restrictiva de este criterio se han posicionado E. ARIMANY LAMOGLIA, «Sombras sobre los encargos directos...», ob. cit, p. 56 y M. A. BERNAL BLAY, «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local», en libro col. *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 172-175. Por el contrario, una interpretación más flexible es la defendida por F. SOSA WAGNER y M. FUERTES en su estudio «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)», *Diario La Ley*, n° 6715, de 17 de mayo de 2007, p. 1673 (p. 4 del suplemento).
71. Afirmación desarrollada por la STJUE de 21 de julio de 2005 (Padania Acque) al afirmar que «el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0,97% del capital de la sociedad adjudicataria», pero de la que se separa la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO).
72. Como destaca este autor el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

- la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y
- a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad».

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente– la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado)⁷³. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda (STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato «in house» no es sino una forma de «autoprovisión» por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado⁷⁴. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.

Y ello se justificaría entendiendo que en tales casos nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios, aunque dotados de personalidad jurídica propia, para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado⁷⁵. Nos encontramos, debe insistirse, ante simples opciones de organización

73. Vid. Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apdo. 70.

74. En conclusión, esta jurisprudencia nos advierte de que, cuando concurren estas notas podrá admitirse la hipótesis de que no existe relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos (en la práctica supone que no hay contrato).

75. En este sentido, al interpretar los conceptos de ejecución de obras por la propia Administración y de fabricación de bienes muebles por parte de la Administración, se posiciona A. HUERGO, que defiende esta posibilidad de *in house* al no tener estas empresas instrumentales la consideración de terceros. «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones públicas», ob. cit., p. 163.

en las que. Como afirma SOSA WAGNER, el ente instrumental no puede negarse ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten condición de tercero⁷⁶.

En esta misma línea, de marcado carácter restrictivo con la técnica de los *in house providing*, debe recordarse la doctrina de la STJUE de 11 de mayo de 2006, (Carbotermo) en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

1. «La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

2. Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

3. Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad» (cursiva nuestra).

En definitiva, admitiendo como conforme al derecho comunitario esta técnica de los servicios *in house* debe reseñarse que estos dos requisitos, los llamados criterios *Teckal*, constituyen una excepción. En consecuencia, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella⁷⁷.

76. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105.

77. Entre otras, las Sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. Vid. J. A. MORENO MOLINA, «El ámbito de aplicación de la Ley De Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, nº 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76 y M. PILLADO QUINTANS, «TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en

Igualmente nos encontramos con una excepción a la existencia de contrato en los supuestos de concesión de servicio público a una sociedad intermunicipal. El Tribunal en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, Uccle, ha resuelto que es correcto esa forma de gestión directa sin que sea de aplicación a normativa de contratación pública⁷⁸. La sentencia declara que no procedía licitación pública con los siguientes fundamentos jurídicos esenciales:

42. «Por consiguiente, procede responder a las cuestiones primera y segunda como sigue:

– Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

– Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el

modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales», *Documentación Administrativa*, nº 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291. Criterio que se defiende en el citado Informe de 2013 de la Comisión Nacional de la Competencia sobre utilización de medios propios.

78. El objeto del litigio es una demanda realizada por una empresa privada que recurre la decisión del municipio belga denominado Uccle de asociarse a una sociedad intermunicipal que lleva a cabo la actividad de gestión de explotación de una red municipal de teledistribución, que comprende actividades como ampliación de la oferta televisiva: programas adicionales y el paquete de cadenas de pago; programas «pay per view»; acceso a internet; telefonía vocal; videovigilancia; transmisión de datos a alta velocidad. La empresa litigante considera que esta prestación debiera haberse licitado como contrato público y el Consejo de Estado belga, antes de dictar sentencia, pide una decisión del Tribunal europeo. Éste efectuando un análisis pormenorizado del caso concreto afirma que «De la resolución de remisión resulta asimismo que Brutélé es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. No admite socios privados. Su consejo rector se compone de representantes de los municipios (tres como máximo por cada municipio) designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios. El consejo rector dispone de las más amplias facultades».

control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios».

Por ello finaliza reconociendo que en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, no existiendo relación contractual. La tradicional gestión directa de servicios públicos no se ve, por ende, afectada directamente por la jurisprudencia del Tribunal en materia de contratos públicos al encajar en la figura de los encargos a medios propios.

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que éstos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de éstos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios)⁷⁹ debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador (art. 1.9 Directiva de contratos Públicos de 31 de marzo de 2004). Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia⁸⁰.

Pero debe insistirse en que la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente y respetando la doctrina del TJUE sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Lo que resulta también evidente

79. En esta línea, sobre la doctrina del TJUE comentada, también E. CARBONELL PORRAS denunciaba la incorrección de esta práctica del convenio con entes instrumentales de naturaleza privada, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. Convenio o contrato administrativo», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 390-391.

80. Como destaca J. ARNOULD, «Les contrats des concessions, de privatisation ..., ob. cit.», p. 12, las Administraciones son libres de organizarse monolíticamente o en entidades autónomas, si bien ello no supone por sí la inaplicación de las reglas de contratación pública

es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta– y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación⁸¹.

2.2. La cuestión del control conjunto: condiciones para que exista control análogo. Significado de la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO vs. TRAGSA) y la evolución posterior

La posibilidad de compra conjunta mediante medios propios ha suscitado siempre dudas sobre el nivel del control análogo y la necesaria participación accionarial como elemento necesario. Paradigma del debate en España era el modelo organizativo de TRAGSA y su cooperación con las Comunidades Autónomas. Como es conocido, el 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), se resolvió la problemática de las relaciones de TRAGSA con el Estado y Comunidades Autónomas⁸². Sentencia que presenta luces y sombras y que parece, en mi opinión, un paso en falso⁸³. Fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el Ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios) por cuanto la conclusión a la que llega el TJUE –no muy motivada, por cierto– implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, como bien explica M. A. BERNAL BLAY⁸⁴.

81. ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 393-394.

82. Dicha Sentencia resuelve bajo que condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la Sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas Administraciones Públicas a la Sociedad pública Transformación Agraria SA (TRAGSA), vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales como antecedentes del caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003. Una interesante reflexión sobre todo el iter procedimental de este asunto es la realizada por M. PILLADO QUINTANS, «TRAGSA. ...», ob. cit., pp. 320-346. También M. FUERTES LÓPEZ, «TRAGSA esa cosa (comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007)», n.º 287, 2008, pp. 95-98.

83. Por el contrario, puede verse el criterio de F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en su interesante trabajo «¿pueden los contratos quedarse en obra?», ob. cit., pp. 1669-1680.

84. M. A. BERNAL BLAY, «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control

El supuesto de hecho que da lugar a la Sentencia versa sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan realizar encargos de ejecución a TRAGSA sin necesidad de recurrir a un procedimiento de adjudicación. Recordamos que TRAGSA es una Sociedad mercantil cuyo capital social pertenece en un 99% al Estado y en un 1% a cuatro Comunidades Autónomas. No obstante, la normativa reguladora del régimen jurídico de TRAGSA define a esta última como medio propio y servicio técnico instrumental tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, con independencia de que estas últimas participen o no en el capital social de TRAGSA⁸⁵.

Ahora bien, como hemos explicado en el anterior epígrafe, la inexistencia de contrato queda condicionada, según la jurisprudencia comunitaria a que *el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan* (Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, apartado 50).

En resumen, la STJUE de 19 de abril afirma en que casos puede considerarse que una Comunidad Autónoma puede realizar encargos a TRAGSA al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa, declarando que la participación en el accionado por éstas es suficiente al control análogo dado que la Ley de «obliga» a TRAGSA a captar el encargo⁸⁶. Como argumentos a favor, hemos de

análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*». Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA, nº 137, 2008, pp. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», RAP nº 173, 2007, pp. 217-237.

85. Sobre el régimen jurídico de TRAGSA resulta de especial interés la ya citada monografía de AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huída del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

86. Debe tenerse en cuenta que la participación de cada Comunidad Autónoma en el capital social de TRAGSA alcanza únicamente el 0,25%, surgiendo inmediatamente la pregunta de si dicha participación es lo suficientemente relevante como para poder afirmar que la misma ofrece la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos de la Sociedad. Lo cierto es que, con anterioridad, el propio TJUE se había referido a la cuestión de qué porcentaje del capital social resulta necesario para poder ejercitar esa influencia en la estructura del ente. En la Sentencia de 21 de julio de 2005 (As. C-31/03, *CONAME*, apartado 24) el Tribunal estableció que una participación del 0,97% es demasiado pequeña para permitir tal control. Dicha conclusión contrasta con la posición ahora mantenida, donde se afirma la existencia de control sobre TRAGSA por las Comunidades Autónomas cuando estas ostentan una participación en el capital social de TRAGSA de únicamente el 0,25% cada una. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, critica, con motivos, esta declaración pues confunde los criterios de control análogos establecidos previamente por el TJUE, «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y

considerar que, de acuerdo con su normativa reguladora, los trabajos que le encomienda la Administración de la Comunidad Autónoma deben ser ejecutados obligatoriamente por TRAGSA, la cual por su ejecución solamente tendrá derecho a ser resarcida por el importe de los costes en que realmente hubiera incurrido, de acuerdo con las tarifas aprobadas por las Administraciones Públicas españolas que pueden ordenarle la ejecución de obras, servicios y suministros. Hasta aquí, se puede afirmar que las relaciones de TRAGSA con la Administración Pública se basan en la falta absoluta de autonomía de voluntad de TRAGSA, posicionándose la Comunidad Autónoma en una situación de control total y efectivo sobre aquélla⁸⁷. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que TRAGSA no puede participar (por prohibición legal expresa) en los procedimientos de adjudicación de contratos convocados por la Administración de que su contraprestación se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración autonómica⁸⁸.

En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aun a sabiendas de que este criterio no es determinante para concluir que existe control análogo) TRAGSA pertenece mayoritariamente a la Administración del Estado y, en un porcentaje mínimo, a seis Comunidades Autónomas españolas, cuya participación en el capital no les da el control efectivo y determinante de la sociedad. Sin embargo, la STJCE de 19 de abril entiende con mínima participación se entiende cumplido

sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», ob. cit., pp. 217-237. Igualmente M. PILLADO QUINTANS, «TRAGSA:...», ob. cit., pp. -346. Por el contrario, entienden correcta esta decisión F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en su trabajo «¿Pueden...?», ob. cit., pp. 3 y ss.

87. La potestad tarifaria se había configurado en la Ley 66/1997 y, sobre todo en el RD 371/1999, de 8 de marzo, como una potestad compartida por todas las Administraciones Públicas españolas, de las que la normativa estatal predica que TRAGSA es medio propio, y, en abstracto, la formula demuestra una gran sensibilidad con la autonomía de cada Administración, al prever que todas participarán en la elaboración de las tarifas y que cada una de ellas las aprobará por sus órganos de gobierno correspondientes.
88. Dicho lo anterior, por el contrario, debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la Comunidad Autónoma sobre TRAGSA. Por razones obvias de índole histórica, las Comunidades Autónomas no pudieron concurrir, en el momento de la constitución de TRAGSA, a la voluntad creadora del medio instrumental, ni en ningún momento posterior la ha declarado medio propio en instrumentos legales o reglamentarios de naturaleza organizativa, aunque si le ha reconocido a la entidad mercantil tal carácter en instrumentos de naturaleza convencional.

el requisito de control análogo dado que existe, como señalábamos obligación de aceptar el encargo en todo caso.

En todo caso, es claro que las Comunidades Autónomas que no participan en el capital ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y control de TRAGSA, no cumplen con dicho requisito de control análogo por lo que es difícil que se pueda argumentar que la Comunidad Autónoma sin participación dispone de un control efectivo sobre TRAGSA y que ésta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no participación en el capital social⁸⁹ (por ello, la actual previsión del TRLCSP, parece claramente contraria a Derecho comunitario al no recoger el dato de la participación en el accionariado y –lo que es más grave– extender la figura a los entes dependientes de todas las Comunidades Autónomas en clara contravención de la propia finalidad de la técnica y de la expresa jurisprudencia del TJUE)⁹⁰.

Lo que debe quedar claro es que TRAGSA cumple una función organizativa clara y justificada en el ámbito del Estado y que, incluso, puede entenderse legítima –en tanto se respeten unos límites claros– en el ámbito de aquellas Comunidades Autónomas que quieran considerarla como medio propio para poder ejecutar prestaciones en casos excepcionales (emergencia o especialización) para lo que TRAGSA cuenta con los medios oportunos. En la balanza de eficacia administrativa y libre competencia, deberá primar lo primero. Pero lo que no es posible es pervertir la función de un «auténtico» medio propio para convertirlo en un intermediario, ya que entonces sí se afectaría a la regla de la libertad de empresa. Aquí es, donde creo, radica el quid de la cuestión dado que la concreta problemática ha derivado de un posible exceso no sólo en los encargos recibidos por esta sociedad estatal (por ejemplo, a través de encargos en cadena o cruzados entre empresas del holding) sino por la imitación formal autonómica con finalidad muchas veces distintas al crearse medios propios sin medios con la consecuencia –¿querida?– de alterar el régimen jurídico del contrato (y, por ende, los sistemas internos y externos de fiscalización) así como de las reglas procedimentales de adjudicación en los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios.

89. El régimen de titularidad determina que la Comunidad Autónoma no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta y tampoco es posible que la Comunidad influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal. *Vid.* Mi trabajo «La problemática derivada.....», p. 853.

90. Así lo entiende también M. PILLADO QUINTANS, «TRAGSA:...», *ob. cit.*, pp. 351-354.

Como conclusión, esta Sentencia aborda exclusivamente la relación de TRAGSA como medio propio de las Comunidades Autónomas al entenderse que los requisitos no podrían ser extendidos a una Administración Local, máxime cuando no existe previsión legal que lo habilitara. Por ello, en tanto la relación jurídica de esta sociedad no sea con el Estado o con Comunidades Autónomas «propietarias», teniendo esta relación carácter oneroso y típica, resulta de obligada aplicación la normativa de contratos públicos en lo relativos a procedimientos de adjudicación, puse lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional⁹¹.

Así, se limita la posibilidad de que las entidades locales puedan utilizar a esta Sociedad estatal como medio propio. Lo que, como consecuencia directa, limita algunas de las prácticas habituales en el derecho local español sin que la legislación española haya explorado mecanismos alternativos que permitan una eficaz colaboración-cooperación con fin de un ejercicio competencial eficaz y eficiente. Dato preocupante ya que, como a continuación se explicará la solución «ordinario» del convenio deviene contraria al ordenamiento comunitario (y también nacional).

91. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/2008, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra», ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propio de TRAGSA respecto de aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuando, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»⁹². Es decir, como puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical.

Sobre este asunto resulta de interés la reciente STJUE de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*). Esta doctrina admite, con los requisitos que se expondrán, la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección⁹³. La cuestión, que no analiza el Tribunal de Justicia, es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostenta un control sobre una entidad, análogo al que se dispone sobre los propios servicios. El Tribunal de Justicia, concluye que «...cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión». Sin embargo, el Tribunal de Justicia remite al *Consiglio di Stato* que plantea la cuestiones prejudiciales que dan lugar a la Sentencia para que sea dicho órgano quien determine si la celebración por los Ayuntamientos de

92. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, As C-324/07, *Coditel*, apdo. 46.

93. Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica «...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».

Cagno y de *Solbiate* de un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto permite que dichos Ayuntamientos contribuyan efectivamente al control de ASPEM.

Hay una importante diferencia entre las circunstancias que concurren en esta Sentencia de 29 de noviembre de 2012 y las que concurrían en la de 10 de septiembre de 2008, de las cuales cabría deducir una respuesta distinta a la cuestión de si se da o no un control análogo ejercido de manera conjunta en cada uno de los supuestos. Así, mientras la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 se refiere a un pacto de accionistas según el cual los Ayuntamientos que habían suscrito una acción en el capital social de ASPEM serían consultados, podrían nombrar a uno de los auditores de cuentas, y designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes, la Sentencia de 10 de septiembre de 2008 se refería a un supuesto en el que el ejercicio conjunto del control análogo sobre el medio propio se manifestaba en la participación de todas las entidades con un representante en órganos de dirección superpuestos a los que establece el Derecho de sociedades para el gobierno de las mismas, con independencia de su participación en el accionariado, y a través de los cuales se ejercían unas importantes facultades de control tanto de la Junta General de accionistas como del Consejo de administración. La posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad que ponían de manifiesto –según el Tribunal de Justicia– las anteriores condiciones, no parece que pueda deducirse de igual modo del derecho de consulta (no vinculante), de nombramiento de un auditor de cuentas (que no forma parte del órgano de dirección de la entidad), o de la posibilidad de designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes (no hay participación directa de un representante de cada entidad en el órgano de dirección), por lo que, sin perjuicio de lo que pueda concluir el *Consiglio di Stato* italiano, la adjudicación del contrato sobre la que versa la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 debería considerarse realizada, en nuestra opinión, infringiendo las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁹⁴.

94. En ese mismo sentido se pronunciaba el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón

La propuesta de Directiva de contratación pública en tramitación, en relación a la técnica autoorganizativa de *in house providing*, viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 11 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos Teckal, que justifican la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa:

«1.–Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a).–que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b).–que al menos el 90 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).–que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Obviamente, estos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstan-

en los apartados 52 a 54 y de una manera concluyente en el apartado 60 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Así,

«... 52. En el presente caso se da, por tanto, y más allá del carácter simbólico de su participación en el capital, una cierta participación de los socios minoritarios en los órganos de gestión de la sociedad. Hay que convenir, sin embargo, en que la designación de un miembro del Consejo de administración de común acuerdo por todos los socios minoritarios (36 ayuntamientos en total), además de un miembro del Consejo de auditores también común a todos ellos, y la existencia de un abstracto "derecho de consulta" de frecuencia semestral podría no ser suficiente para apreciar que los citados ayuntamientos tienen capacidad de influir de forma efectiva sobre los "objetivos estratégicos" y las "decisiones importantes" de la sociedad ASPEM.

53. Por otro lado, no sería aventurado apreciar que la eficacia jurídica del pacto de accionistas donde se ha articulado esa participación puede resultar discutible, y que el referido "derecho de consulta" respecto del "desarrollo del servicio" no garantiza que se extienda a las "decisiones importantes" y a los "objetivos estratégicos" de la sociedad considerada en su conjunto.

54. A primera vista, por tanto, y salvo apreciación definitiva en contrario por el órgano de reenvío, la dependencia de la sociedad parece operar ante todo respecto al accionista mayoritario, con un papel muy problemático respecto de los socios minoritarios en el control de facto de aquélla.

...

60. En suma, a estas alturas debiera haber quedado claro que el problema básico no es que la participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate en el capital de ASPEM sea tan patentemente minoritaria, sino que las facultades adicionales de control que se les han otorgado podrían ser, aun ejercidas de forma conjunta, claramente insuficientes para que pueda hablarse de una influencia que pudiera calificarse de "determinante" en la toma de decisiones y en la fijación de objetivos de la sociedad y, en definitiva, de una falta de autonomía de ésta respecto de aquéllos...».

cias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente al que se le solicita el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual, lo que se concreta –y este es nuevo requisito derivado de la doctrina del TJUE– en que debe existir de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. Sin estos requisitos, no hay cooperación vertical. Pero un correcto diseño puede permitir una gestión más eficiente sin que sea necesario alterar el sistema de competencias administrativas.

2.3. La técnica de la cooperación vertical y sus requisitos en el TRLCSP. Posibilidades

Los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE se recogen en los artículos 4 y 24.6 TRLCSP aplicándose para todos los umbrales⁹⁵. El artículo 4.1 n) considera como negocio excluido de la Ley:

n) «Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».

Para concretar en el artículo 24.6 lo siguiente:

«A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostentes sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

95. Como habíamos afirmado en nuestra monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española...*, ob. cit., pp. 114-121. Y habían observado las Instrucciones nº 2 y 3 de la Abogacía del Estado de julio de 2005.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas»⁹⁶.

La opción de la legislación española intenta, a priori, ser conforme con la Directiva y la jurisprudencia del TJCE. Pero el objetivo no parece cumplirse. Por otra parte, al hablar de contratos-negocios jurídicos introduce confusión dogmática de tal manera que su operatividad práctica plantea serias dificultades jurídicas, lo que ha llevado, con acierto, a ser criticado por la doctrina⁹⁷. Los requisitos exigidos no parecen coincidir plenamente con los exigidos por la jurisprudencia del TJCE (control análogo por el ente matriz y actividad mayoritaria para éste)⁹⁸, introduciendo las encomiendas o encargos cruzados entre Administraciones, lo que quebranta claramente la referida jurisprudencia del TJCE⁹⁹. Es ob-

96. La Junta consultiva de contratación administrativa del Estado, mediante Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, vuelve a analizar la cuestión de la técnica des encargos a medios propios –ha expresado su opinión sobre aspectos relacionados con la cuestión planteada, así el informe 15/2007, de 26 de marzo de 2007 y el Informe 21/2008, de 28 de julio de 2008– declarando que una sociedad mercantil local puede tener la consideración de medio propio de un organismo autónomo de esa misma entidad local cuando se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público.

97. Vid. C. AMOEDO SOUTO, «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», *RAP*, 170, 2006, pp. 290-294.

98. Vid. GIMENO FELIU, «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006, pp. 838-858. También REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *RAP* 161, 2003, pp. 359-393 y BERNAL BLAY, «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP», *REDA*, 129, 2006, pp. 77-90

99. Posición que, por ejemplo, no comparte SOSA WAGNER, al considerar que TRAGSA puede ser medio propio de las Comunidades Autónomas (afirmación que se refleja en legislación autonómica: por ejemplo la Ley Canaria de 6 de julio de 2001). «El

vio que la posible intención de considerar a este holding empresarial del Estado como propio de las demás Administraciones territoriales sólo será posible cuando concurren todos los requisitos que el TJCE exige para considerar correcta esta técnica¹⁰⁰.

En conclusión, la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación (como sucede con los convenios del grupo TRAGSA o de sus equivalentes autonómicos, esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva)¹⁰¹. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta– y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación, tal y como se ha puesto de relieve en la Introducción de este trabajo¹⁰². Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con el Estado o con Comunidades Autónomas «propietarias», teniendo esta relación carácter oneroso y típica (artículo 5 TRLCSP) resulta de obligada aplicación del TRLCSP en lo relativos a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional¹⁰³.

empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *el libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003 pp. 1331-1339.

100. Así lo defiende de forma tajante y con excelente argumentación el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 1/2006, de 9 de febrero, al entender que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de la Generalitat de Cataluña al no existir ni control análogo ni actividad mayoritaria a favor de esa Comunidad. Criterio que parece compartir E. MONTROYA al entender que difícilmente se puede considerar medio propio de una entidad cuando no se participa en su capital social. «La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales» *RAAP*, nº 57, 2005, pp. 65 y ss.
101. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...», *ob. cit.*, 393-394.
102. En esta idea insiste la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 10/2011, de 6 de abril, afirmando que «El encargo a un medio propio deberá sustanciarse mediante órdenes, instrucciones o protocolos, sin que proceda utilizar la figura del convenio, tal y como se recoge en el Informe de esta Junta 1/2007».
103. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/2008, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». Ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la

Una cuestión de interés es la relativa a la cuestión del IVA. Existen desde 2006 varias decisiones de la Dirección General de Tributos del Estado¹⁰⁴, donde se advierte que al regla general es que estos encargos no soportan este impuesto siempre que concurren una serie de requisitos. Así, en la Consulta vinculante V1773-09 declara que los encargos que una empresa pública recibe de un Ayuntamiento no soportan el IVA en tanto «los servicios realizados por la entidad consultante no se encuentran sujetos al impuesto exclusivamente en aquellos casos en que el destinatario de los mismos sea el ente público del que depende o bien otras personas o entidades que dependan íntegramente del mismo, al concurrir en ambos casos la totalidad de requisitos a que se refiere el artículo 7.8º de la Ley 37/1992 a la luz de la indicada jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, es decir, tener la consideración de órgano técnico-jurídico de derecho público y ejercer una función pública que no se lleva a cabo en concurrencia con el sector privado, no es generadora de distorsiones graves o significativas de la competencia ni está incluida en la lista de actividades recogidas por el Anexo I de la Directiva 2006/112/CE.» El límite esencial es que no se distorsione la competencia que, en su caso pueda generarse (V0348/2010).

Obviamente, como resultado de su función, los medios propios son poder adjudicador y se someten al TRLCSP. Tal decisión aparenta cumplir con el derecho comunitario pero tiene efectos importantes. Uno primero, y de gran calado es que varía el régimen jurídico del contrato desplazándose al derecho privado lo que en origen era derecho público.

sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propios de TRAGSA respecto de aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

104. Entre otras las V2219/2009 y V1473/2009.

Uno segundo, que por debajo del umbral de aplicación de la Directiva de contratos públicos pueden acogerse a las previsiones del artículo 191 TRLCSP. Por aquí, privatización de gestión y escape de las normas TRLCSP, es por donde pueden surgir los principales problemas al permitir, de hecho, una inaplicación de las reglas contenidas en el TRLCSP. A esto se suma, como advierte AMOEDO SOUTO, la existencia de una cierta oscuridad que complica la viabilidad de la afirmación inicial (muy notoria si se examinan las previsiones del artículo 120 y 190 TRLCSP). Así, puede afirmarse que el sistema propuesto es manifiestamente mejorable¹⁰⁵. Y de *lege ferenda*, con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, debería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir, el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe¹⁰⁶.

En consecuencia, como bien ha indicado M. A. BERNAL BLAY, al requisito del control sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultado admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito¹⁰⁷. La reciente Sentencia de 29 de noviembre de 2012, consolidando esa posibilidad de que el control sobre el medio

105. C. AMOEDO SOUTO, «El nuevo régimen...», ob. cit., pp. 293-294. Como destaca este autor otras cuestiones permanecen abiertas y deberían ser abordadas en el LCSP : límites materiales a los encargos, régimen de publicidad a efectos de control y régimen de responsabilidad propiamente administrativa

106. El Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: «Habrà que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda». De prosperar esta interpretación muchas de las actuales relaciones jurídicas con medios propios dejarían de poder instrumentarse de esta manera .

107. M. A. BERNAL BLAY, «El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades», *Revista Contratación administrativa práctica*, 2013.

propio sea ejercido de manera conjunta por varias entidades, viene a poner de manifiesto que la elasticidad del concepto del «control análogo colectivo» tiene unos límites. Es cierto que el Tribunal, en ese caso, no termina de pronunciarse sobre si las circunstancias de control que están presentes en el caso determinan o no la existencia de control análogo colectivo, pero concluye que dicho control no puede afirmarse sino cuando se participe «tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

3. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO ALTERNATIVA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LÍMITES DE LOS CONVENIOS

Por último, existirán mecanismo de cooperación horizontal (distintos a los encargos medios propios, que es cooperación vertical) que no pueden confundir con la técnica del convenio y sus límites. Es esta una cuestión que se plantea en Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), precisamente al hilo de la cooperación intermunicipal. Considera el Parlamento (apdo. 45) que dicha cooperación «debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando:

- a) se trate de cooperación entre autoridades municipales,
- b) las tareas encomendadas a esas autoridades municipales sean objeto de reestructuración técnico-administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y
- c) las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes».

El Parlamento rechaza la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios (apdo. 46). Se funda su opinión en que el Derecho de contratación pública debe aplicarse sólo cuando las autoridades locales ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades locales o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades locales (apdo. 48).

Obviamente, en aras al principio de eficacia y eficiencia (y muy especialmente en el ámbito de la administración local) debe avanzarse

en los mecanismos de colaboración con otras autoridades públicas, tal y como expresamente se recomienda en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). Y es que –sin forzar los límites propios de la técnica del convenio para ocultar un contrato– es posible articular mecanismos de colaboración –muy especialmente para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios públicos–.

Paradigmática es la STJUE de 9 de junio de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemania*, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración:

- a) objetivo común de interés público;
- b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y
- c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución¹⁰⁸.

De aquí se deduce que es condición indispensable que prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros, pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan.

Con posterioridad a la Sentencia de 2009, y tomando su doctrina

108. La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia [Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade] y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un «contrato de colaboración» entre todos ellos. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos». *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 361-376.

como argumento para reforzar su criterio, en su *Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública* de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), el Parlamento Europeo reitera su opinión de que la cooperación entre municipios¹⁰⁹ no está sujeta a la normativa de contratación pública si cumplen los criterios siguientes (apdo. 9 *in fine*): a) si se trata de la prestación de un servicio público que incumbe a las entidades locales interesadas, b) si el servicio lo prestan exclusivamente los organismos públicos interesados, sin participación de empresas privadas, y c) si la actividad de que se trate se presta esencialmente para las autoridades públicas participantes.

Como bien explica M. A. BERNAL BLAY, tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos)¹¹⁰.

Al igual que sucede con los encargos a medios propios, donde es la concurrencia acumulativa de dos requisitos la circunstancia que determina que la relación entre el poder adjudicador y el medio propio no tenga la consideración de contrato sino que entre dentro del ámbito de la organización administrativa, la exclusión de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos encuentra su fundamento en la concurrencia de los requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia.

109. El Parlamento observa que la misma conclusión tiene validez no sólo directamente para la cooperación de municipios, sino con carácter general, por lo que los mismos requisitos deben ser aplicados a la cooperación de otros poderes adjudicadores públicos (Cfr. apdo. 11 de su Informe de 10 de mayo de 2010).

110. M. A. BERNAL BLAY «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos». *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 366-367. El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final, p. 24], ha manifestado que «podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas». Sobre el mismo, y las respuestas, me remito al *Libro Observatorio Contratos Públicos 2010*, ob. cit., pp. 475-479.

En definitiva, lo que se trata de es definir estrategias de cooperación que, sin romper las reglas de la contratación pública, permitan una mejor gestión de las prestaciones desde la óptica de la intermunicipalidad.

Pero esta posibilidad –incluso necesidad– no puede amparar una interpretación extensiva de la figura del convenio entendida como elemento propio en todo caso de la cooperación, si lo que se oculta es una relación contractual típica. Es suficientemente conocido como derecho europeo de la contratación pública (tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa) ha depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a la Directiva o en el de aquellos otros no cubiertos por las mismas pero afectados en todo caso por los principios ya referido recogidos por los Tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones¹¹¹.

Del elenco de exclusiones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo se deduce que la técnica del convenio no procede cuando la prestación que es causa del mismo es una de las prestaciones comprendida en el ámbito objetivo de dicha norma –cuestión «olvidada» en nuestra práctica administrativa en aplicación del anterior marco normativo¹¹²–. Y así se recoge ahora en nuestro artículo 4.1 c) y d) TRLCSP.

Al respecto, para poder comprender adecuadamente la regulación actual, debe ser referida la doctrina del TJCE en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que:

«...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedi-

111. Vid. mi trabajo, *La nueva contratación pública...*, ob. cit., pp. 151-175. Resultan de especial interés las Conclusiones del Abogado General de 15 de junio 2006 en el asunto C-220/05 (Asunto ASEMFO), que distinguen entre la onerosidad y el ánimo de lucro.

112. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. De especial interés resulta también el estudio de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

miento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones».

Seguidamente afirma el Tribunal que:

«...el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)»¹¹³.

Pero sin duda, para resolver esta cuestión es paradigmática la STJCE de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España afirmando que la previsión del artículo 3.1 de nuestra derogada LCAP era contraria al derecho comunitario pese a que desde el Estado español se argumentaba que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público¹¹⁴. En la citada Sentencia se afirma claramente que:

113. Esta doctrina es incorporada ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 2/2001, de 23 de noviembre que resuelve en sentido afirmativo la referida cuestión, a la vista, principalmente, de lo dicho por el TJUE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que *«...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones»*. En línea con el informe del órgano consultivo autonómico, F. BLANCO sostuvo, con acierto, que la interpretación de la LCAP a la luz del Tratado de la Unión europea y de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que realiza el art. 3, apartado c) de dicha norma respecto los convenios interadministrativos de colaboración, no puede hacerse extensiva a los contratos onerosos que celebren entre sí entes públicos, cuando el objeto contractual sea propio de los definidos en el artículo 5, apartado 2, de LCAP y esta relación jurídica se establezca entre personas jurídicas sin relación de dependencia entre ellas ni en virtud de la concesión de un derecho exclusivo (F. BLANCO, «La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial», en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas...*, ob. cit., pp 52-56).

114. El Estado español alega que estas relaciones están al margen del mercado. Además, dicho Gobierno se pregunta por la fundamentación de la sentencia Teckal, antes citada, y sostiene que el principio que figura en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1) está implícitamente incluido en las demás Directivas sobre contratación pública.

«Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37».

En definitiva, «la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación éste comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva»¹¹⁵. En todo caso, y este dato es muy relevante para entender el efectivo alcance de esta Sentencia, no es criterio suficiente el que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones) que sí es un requisito para la existencia de un contrato, con el ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos (como las Fundaciones, ONGs y especialmente, como las propias Administraciones Públicas)¹¹⁶.

115. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...», ob. cit., 393-394.

116. De especial interés resultó la STS de 18 de febrero de 2004, en la que al analizar la naturaleza de un denominado convenio de colaboración entre la Generalitat de Cataluña y una Asociación privada (Grupo de Sociedad porcina de Lérida) concluyó que estábamos en previsión de un contrato típico de servicios y que, mediante este convenio, se había infringido el principio de concurrencia, competencia e igualdad de oportunidades. En esta misma línea la STS de 22 de abril de 2005 advierte que la capacidad de autoorganización vía convenio no puede servir para eludir las normas propias de la contrastación en el Derecho Público.

Así lo corrobora la importante STJUE de 18 de enero de 2007 (Auroux /Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio¹¹⁷. El TJUE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación:

1. *«Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.*

2. *Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.*

3. *La entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora*

117. El supuesto de hecho es el siguiente: Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2002, el ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó al alcalde a celebrar con la SEDL un convenio para la creación de un centro de ocio (en lo sucesivo, «convenio»). El convenio, celebrado el 25 de noviembre de 2002, previa la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El primer tramo comprende la construcción de un centro multicines y de locales comerciales para su cesión a terceros, así como de instalaciones que habrán de revertir a la entidad adjudicataria (un aparcamiento, vías de acceso y espacios públicos). Los tramos posteriores, que implican la firma de nuevas cláusulas, consisten esencialmente en la construcción de otros locales comerciales o de servicios y de un hotel. Conforme a la introducción del convenio, el municipio de Roanne pretende con esta operación revitalizar un sector urbano poco valorizado y favorecer el desarrollo del ocio y el turismo. En virtud del artículo 2 del convenio, se atribuye a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio. *Vid.* El trabajo de E. ARIMANY LOMOGLIA, «La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidas directamente a sociedades del sector público: de caso "centro de la ciudad de Roma"», REDA, nº 133, 2007, pp. 65-68.

y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes».

En esta línea conviene igualmente dar cuenta de posteriores y de gran valor interpretativo sentencias del TJUE. Por un lado, la STJUE de 18 de diciembre de 2007 («Comisión/Irlanda») que resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra Irlanda, desestimándolo por entender que «no puede excluirse que el DCC proporciona tales servicios al público en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley y utilizando sus fondos propios, aunque, a tal fin, perciba una contribución abonada por la Autoridad y que cubre una parte de los gastos correspondientes al coste de estos servicios», y señalando que la Comisión no ha conseguido probar la existencia de un contrato público, añadiendo que «la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios (los servicios públicos) no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos.» Lo importante de esta doctrina es que se excluye del concepto de contrato los flujos económicos entre entidades públicas para la financiación de servicios públicos, aunque estén recogidos en un instrumento bilateral, lo que justifica que se pueda excluir del ámbito contractual los convenios de colaboración para la cofinanciación de servicios entre dos entidades con competencias sobre la materia¹¹⁸. Con todo, parece conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que quien alegue la existencia de esta excepción a la existencia de relación contractual acredite y justifique razonadamente su existencia tal y como se advierte en la STJUE de 2 de octubre de 2008 (Comisión/República Italiana) en relación a la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación¹¹⁹.

La segunda sentencia, quizás de mejor interés práctico, de forma correcta, es la STJUE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (asunto C-220/06, «Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia») al considerar

-
118. El Tribunal entiende que la carga de la prueba de la existencia de un contrato público que deba adjudicarse de acuerdo con las prescripciones del Derecho europeo corresponde a la Comisión, que es quien pretende que se declare el incumplimiento.
119. Se explica así que las Conclusiones de la Abogada General reprochan a Irlanda no haber demostrado que su actuación estaba amparada por alguna excepción a los principios generales del Derecho comunitario (en concreto, los apartados 112, 116 y 118).

contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública¹²⁰. En esta sentencia –cuya doctrina se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008– se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española en relación con la impugnación por parte de una Asociación representativa de las empresas del sector de los servicios de correspondencia de un convenio de colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (en adelante, «Correos»). El citado convenio tenía su amparo en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que en el apartado Dos establece que *«las Administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima", para la prestación de las actividades propias de su objeto social»*.

En síntesis, del fallo de la Sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: en los servicios postales reservados a una única entidad (cuando sea compatible con las previsiones comunitarias), la adjudicación de dichos servicios no está sujeta a una previa licitación por no ser posible concurrencia alguna al ser actividades monopolizadas por tratarse de actividades de interés económico general. Por el contrario, en lo que se refiere a la adjudicación del resto de los servicios postales en régimen de competencia, se deduce la incompatibilidad del artículo 58 de la Ley 24/1998 con el Derecho comunitario, independientemente de que se trate o no de contratos sujetos a la Directiva, siendo por tanto precisa en ambos casos la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos. Y es que aquí se cumplen todos los requisitos para entender que existe un contrato público típico y oneroso. Por ello, este «coloquio» oculta un verdadero contrato y su directa adju-

120. El objeto del proceso era dilucidar si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que permite a las Administraciones Públicas adjudicar cualquier servicio postal directamente a una sociedad mercantil de capital íntegramente público y que es el proveedor del «servicio postal universal», como es el caso de Correos. Un interesante y exhaustivo comentario es realizado por Julio GONZÁLEZ GARCÍA, «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la Sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 26, 2008, pp. 193-209.

dicación supera una valoración de las normas de contratación pública. Motivo por el que es anulado por la Audiencia Nacional.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros (es decir, es un concepto indisponible en sus características básicas por la legislación nacional). Dicho de otro modo, si un negocio jurídico cumple los requisitos que la legislación y la jurisprudencia europea exigen para apreciar la existencia de un contrato, deberá recibir el tratamiento jurídico correspondiente a los contratos, sin que quepa oponer una legislación nacional que considere que tal negocio es otra figura legal distinta con otro tratamiento diferente; ni que decir tiene que aún más irrelevante es la denominación que las partes den al negocio jurídico.

Así podrá entenderse que sí existe un convenio y no una relación contractual cuando se ejerciten competencias propias que tengan por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado sino la colaboración administrativa para cumplir fines públicos en el que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato. Convenio que, lógicamente debe tener reflejo dentro de la actividad específica que desarrolla la persona física y jurídica que lo suscribe¹²¹.

Las anteriores características, lógicamente, deben interpretarse restrictivamente para evitar que se «pervierta» la figura que delimitan, exceptuada del concepto de contrato público y por lo tanto de los principios generales de publicidad y concurrencia, relaciones jurídicas puramente contractuales, especialmente las que se conciertan entre dos poderes adjudicadores bajo forma o apariencia de convenio de colaboración (problema tradicional en la práctica de colaboración administrativa en España)¹²². El hecho de que un convenio no cumpla con los requisitos

121. Vid. FRÍAS LÓPEZ, A. «Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público» en libro col. *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares Granada, 2009, p. 63.

122. La Comisión Consultiva de Contratación administrativa de Andalucía ha adoptado la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios. En esta Recomendación se señala que «De todo lo expuesto se desprende que a la luz de la nueva regulación contenida en la LCSP todos los supuestos en los que la Administración esté interesada en que por parte de una Universidad o de un organismo público privado de investigación se realice un estudio de I+D concreto, cuyo coste sea sufragado por ella asumiendo los derechos y el uso del resultado del mismo, nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a la LCSP, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al régimen

para ser considerado pura financiación de servicios no implica que no pueda acogerse a otras figuras excluidas de la contratación pública, como sucede con la servicios *in house providing* (a los que nos referiremos a continuación)¹²³.

Pudiera pensarse que tal interpretación limita al extremo la técnica de colaboración al primar la idea de contrato. Pero no es así, pues de esta doctrina queda claro que sí son correctos los convenios de financia-

jurídico de aplicación tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la de ejecución, así como respecto de los efectos, cumplimiento y extinción del mismo.» Así SÓLO PUEDEN HACERSE CONVENIOS DE I+D cuando:

1. Todas las partes que lo suscriben (se recuerda que no tiene por qué tratarse de dos partes necesariamente) tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que éste le sea sufragado –en todo o en parte– por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad.

2. El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes y no consiste en la financiación de un proyecto sino en la realización del mismo, de tal forma que, todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3. El proyecto debe generar un resultado científico del que se beneficien todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

123. *Vid.* la STJUE de 24 de julio de 2003, «Altmark», donde se analiza si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas. Para que así suceda se exigen cuatro requisitos: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; y 4) Cuando la elección de la empresa no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

ción como técnica de colaboración interadministrativa. Así se ha admitido, por ejemplo, como hemos dicho, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de 21 de julio de 2008 en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales al entender que la prestación que se define no es en sí una relación propia de contrato ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: «Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato». En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha no pueden acogerse a esta categoría al tratarse de auténticos contratos de servicios¹²⁴.

La cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativo ocultar contratos públicos. De especial interés es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento¹²⁵. El

124. Por todos, *vid.* Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Valencia 5/2008, de 17 de noviembre de 2008.

125. La normativa italiana sobre enseñanza universitaria admite que las universidades puedan llevar a cabo actividades de investigación y consultoría en virtud de contratos o convenios celebrados con entidades públicas y privadas, siempre que dichas actividades no obstaculicen el desarrollo de su función científico-didáctica.

El 22 de octubre de 2009 la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento formalizan un contrato por importe de 200.000 euros + IVA que tenía por objeto la realización, por un grupo de investigación de la Universidad, de un estudio y una evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce a la luz de las recientes normas nacionales relativas a la seguridad de las instalaciones, especialmente de los edificios considerados «estratégicos». Diversos colegios y asociaciones profesionales, así como varias empresas, recurrieron esa adjudicación alegando el incumplimiento de la normativa nacional y de la Unión en materia de contratos públicos.

Las dudas que al Consiglio di Stato italiano le surgían sobre si la antes descrita actuación vulneraba o no la normativa sobre contratos públicos motivaron la solicitud de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En concreto se preguntaba sobre si «La Directiva 2004/18, y en particular el artículo 1, apartado 2, letras a) y d), el artículo 2, el artículo 28 y el anexo II [A], categorías 8 y 12, ¿se oponen a una normativa nacional que permite la celebración de acuerdos por escrito entre dos

Tribunal de Justicia responde recordando, en primer lugar, que conforme al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2004/18, un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios contemplados en el anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público. A este respecto, es irrelevante que dicho operador sea él mismo una entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, apartado 51). También es irrelevante que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro, carezca de una estructura empresarial o no esté presente de modo continuado en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, antes citada, apartados 30 y 45). Así, por lo que se refiere a entidades como las universidades públicas, el Tribunal de Justicia ha declarado que éstas tienen, en principio, la facultad de participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios. Sin embargo, los Estados miembros pueden regular las actividades de dichas entidades autorizando o no que operen en el mercado habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios. En consecuencia, en la medida en que tales entidades estén facultadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, no puede prohibírseles que participen en una licitación sobre tales servicios (véase, en este sentido, la sentencia CoNISMa, antes citada, apartados 45, 48, 49 y 51).

En segundo lugar, señala el Tribunal de Justicia que actividades como las que son objeto del contrato controvertido en el litigio principal, a pesar de que puedan estar incluidas en la investigación científica, como indicó el tribunal remitente, están comprendidas, según la naturaleza efectiva de esas actividades, bien en los servicios de investigación y desarrollo mencionados en el anexo II A, categoría 8, de la Directiva 2004/118, bien en los servicios de ingeniería y en los servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología mencionados en la categoría 12 de dicho anexo. Y por último, en tercer lugar, y tal y como se deriva del sentido normal y habitual de los términos «con carácter oneroso», el Tribunal establece que un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado.

Administraciones adjudicadoras para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios que se realizarán a la luz de la legislación nacional en materia de seguridad de las instalaciones y en particular de los edificios estratégicos, a cambio de una contraprestación no superior a los costes soportados por la ejecución de la prestación, cuando la Administración ejecutante pueda presentar la condición de operador económico?»

El Tribunal de Justicia descarta además la posible consideración de la operación llevada a cabo entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento como una «relación de cooperación interadministrativa», circunstancia que, en determinadas circunstancias, podría justificar su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública (que los contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público –véase, en este sentido, la sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, apartados 44 y 47–).

El Tribunal de Justicia descarta que pueda estarse en ese caso ante una operación de cooperación interadministrativa ya que de la resolución de remisión parece desprenderse, en primer lugar, que dicho contrato incluye una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, contrariamente a lo que el Tribunal de Justicia pudo declarar en el apartado 37 de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad. En segundo lugar, el contrato controvertido en el litigio principal podría favorecer a empresas privadas si los colaboradores externos altamente cualificados que, de acuerdo con dicho contrato, la Universidad puede contratar para la realización de ciertas prestaciones, incluyeran a prestadores privados.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye que el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando –aspecto que corresponde verificar al tribunal remitente– tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores. Este es, por tanto, un límite infranqueable en un momento de cooperación horizontal.

III. CONCLUSIONES

Como conclusión a todo lo expuesto en este trabajo, podemos afirmar que la regulación del derecho comunitario de los contratos públicos permite repensar figuras habituales de la organización municipal. Nadie duda de las ventajas que debe deparar una eficaz aplicación de la normativa de contratación pública pero, quizá, debe realizarse un análisis de sí es o no conveniente cierta flexibilización de reglas en el concreto campo de la organización municipal. Es esta ya una cuestión planteada en el seno del Parlamento Europeo, quien entiende que las normas sobre la cooperación entre los poderes públicos forman parte, al igual que los contratos públicos, de la organización administrativa nacional y, por tanto, hay que diferenciarlas de los llamados contratos de subordinación entre la Administración y los ciudadanos¹²⁶. Para el Parlamento Europeo los casos de cooperación intermunicipal son básicamente acuerdos sobre competencia dentro de la organización administrativa de un Estado miembro. En su opinión, las transferencias de tareas entre municipios no son operaciones de adquisición a terceros, sino medidas de organización intraestatales. Se asigna una determinada tarea dentro del Estado a otro órgano. En este ámbito, la UE no posee ninguna competencia. La organización administrativa nacional se basa en el principio básico de la autonomía organizativa y procedimental de la UE y así lo considera también el Tribunal de Justicia. Si en estos casos se sujetase al Derecho sobre contratación pública una reorganización de las competencias dentro de la organización estatal en su conjunto, se estaría imponiendo una privatización indirecta.

El Parlamento argumenta que la soberanía organizativa municipal está garantizada tanto a escala nacional como europea¹²⁷. Naturalmente,

126. El 20 de abril de 2006 se celebró en el Parlamento Europeo una audiencia pública sobre la eficacia de las Directivas de contratación pública en el marco de la Comisión Parlamentaria IMCO (Mercado Interior y Protección del Consumidor). El objetivo de la jornada era dar a conocer a los eurodiputados (MEP) y al público en general la situación actual de la ejecución de la nueva normativa sobre contratación pública: la cooperación intermunicipal, los contratos «*in-house*» y los criterios *Tec-kal*, y los recursos, umbrales, colaboración público-privada (CPP) y la participación transfronteriza. En esta reunión se pidió la revisión de la doctrina *in house* para las relaciones intermunicipales solicitando una mayor claridad en aras a la seguridad jurídica.

127. Desde el punto de vista europeo, resulta por un lado de la idea de subsidiariedad del artículo 5 del Tratado CE y, por otro, de los artículos 2 y 4 de la Carta europea de autonomía regional. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa reconoce expresamente en su artículo I-5 la autonomía regional y municipal, así como sus estructuras organizativas conforme a la legislación nacional, cuando dice que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miem-

no todos los acuerdos entre autoridades soberanas *per se* están exento del cumplimiento de la legislación sobre contratación pública. Antes bien, hay que delimitar las medidas de carácter puramente organizativo de los acuerdos entre autoridades administrativas.

Obviamente, un dato muy relevante es la «dimensión» municipal. Sin duda las grandes ciudades pueden adaptarse a las nuevas reglas de juegos al contar con capacidad administrativa y financiera suficiente. No ocurre así lo mismo con el pequeño municipio que ve como ciertas técnicas le son ahora vetadas dificultando el ejercicio de sus competencias. Esta es la consecuencia de, quizá, haber superado los límites necesarios. Una solución pasaría por regular adecuadamente como técnica administrativa y con nítidos límites la figura de cooperación mediante colaboración para prestaciones con otras Administraciones o personificaciones garantizando que no pretende perturbar las reglas de la libre competencia. En todo caso, lo que sí parece conveniente es que estas técnicas instrumentales no deberían traducirse en una alteración del régimen jurídico. Es decir, mediante los servicios *in house* no debería cambiarse ni el régimen jurídico del contrato ni los mecanismos de control ni, mucho menos, las normas aplicables en función del ente que demanda la prestación. Aquí, entiendo, debemos insistir en la idea de que una técnica de autoorganización administrativa –muchas veces no sólo legítima sino necesaria– no puede concluir en una privatización de la gestión de ese contrato pues se desnaturaliza incluso el propio concepto de Administración Pública.

Como conclusión general, en pleno debate sobre la reforma de la administración local, y en especial la planta y la asignación de competencias, debe tenerse en cuenta los mecanismos de cooperación, siendo especialmente de interés la estrategia en compras conjuntas mediante las distintas fórmulas expuestas. El uso de los instrumentos en que se concreta este sistema presenta numerosas ventajas, además de permitir conservar la autonomía de los pequeños Municipios. Son fórmulas flexibles que se adaptan a las circunstancias y necesidades singulares, respetando el principio de identidad Institucional, siendo una opción que, desde al perspectiva de eficiencia, en las distintas versiones ya expuestas, aporta claras ventajas al reducir costes de organización y obtener rendimientos de escala por la mayor dimensión del objeto de la prestación licitada, lo que aporta, en el contexto de crisis económica, una opción a valorar¹²⁸.

bros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional.

128. Opción que defiende, frente a la supresión REBOLLO PUIG, «Reforma de las estructu-

I. LA CONTRATACIÓN CONJUNTA Y LAS FÓRMULAS DE COOPERACIÓN...

Es este un debate complejo que exige una previa determinación de principios y límites y dónde esta en juego la propia esencia de las instituciones del Derecho Administrativo.

ras municipales: régimen jurídico y posibilidades. Especial referencia a la legislación aragonesa», en libro col. *La Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 55-60.

La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública

MICHELLE COZZIO

*Colaborador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento
Coordinador del Observatorio sobre Derecho Comunitario y Nacional sobre los Contratos Públicos*

I. ¿QUÉ SIGNIFICA LA EUROPEIZACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS?

La *europeización* es un concepto que, por su amplitud, puede indicar fenómenos muy diferentes. No obstante, podemos convenir que prácticamente todos ellos comparten una forma común de manifestarse: «la progresiva erosión de las peculiaridades nacionales mediante la incorporación de nuevos elementos de origen comunitario»¹.

La contratación pública nacional es un ámbito sometido a un continuo proceso de europeización, y en el mismo encontramos abundantes ejemplos de incorporación y aplicación de reglas europeas². En el arco de los últimos cuarenta años, la acción europea (política, legislativa y jurisprudencial) ha perseguido la eliminación de los obstáculos directos

1. Vid. G. A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, V ed., 27.

2. Vid. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici, Trattato di diritto amministrativo europeo*, M. P. CHITI, E. G. GRECO (dir.), Milano, vol. I, II ed., 2007, 424; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, 7; M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 12.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 43; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, 2007, I, Milano, 5.

e indirectos para el funcionamiento del mercado único de contratos públicos, favoreciendo para ello el establecimiento de un marco jurídico lo más homogéneo posible. Ese empuje euro-unificador ha incidido principalmente en la definición de los principios que rigen la selección de los contratistas, la articulación de los procedimientos de adjudicación, y la garantía de un sistema de tutela efectivo³. Estos esfuerzos han dado lugar a un cierto grado de armonización de las reglas nacionales, que de otro modo hubiera resultado inalcanzable, por eso, hoy resulta difícil negar la existencia de un derecho *européizado* de los contratos públicos⁴, como expresión de un (cada vez) más extenso derecho público-administrativo europeo⁵.

La intensidad del proceso de armonización no ha eliminado sin embargo las diferencias entre los sistemas nacionales de contratación pública⁶, que siguen existiendo y se proyectan tanto sobre algunos aspectos nucleares del sistema, como también a cuestiones instrumentales, pero no por ello, menos importantes. Así, en el primer grupo podrían señalarse, por ejemplo, las diferencias en cuanto a la naturaleza de los contratos públicos. En algunos ordenamientos nacionales (Francia y España), estos contratos están sujetos a una disciplina específica de matriz

3. Vid. R. NOUGELLOU, U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, Part. I, 143-261.
4. Vid. P. FLAMME, M. A. FLAMME, C. DARDENNE, C. (eds.), *Le marchés publics européens et belges: l'irrésistible europeanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, 2009, II ed., 1-368; J. M. GIMENO FELIU, *Ambito di applicazione e procedura di contrattazione pubblica nell'ordinamento spagnolo: l'influenza del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 3-4, 781; S. ARROWSMITH, *Implementation of the Public Procurement Directives: United Kingdom*, *Pub. Proc. Law Review*, 1992, 173; J. S. SCHNITZER, *The Austrian Federal Procurement Act 2006: the Impact of Recent EC Developments on the Austrian Procurement System*, *Pub. Proc. Law Review*, 2006, 5, 266-285; G. E. FERREIRA, *Public Procurement Law in Portugal: an Overview*, in *Pub. Proc. Law Review*, 1999, 5, 225-241; C. H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Pub., 2008, 1-488; S. TREUMER, F. LICHERE (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, 2011, 1-214; J.-B. AUBY (ed.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Parigi, 2010, 1-929.
5. Vid. S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1, 291; G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 10; G. A. BENACCHIO, G. AJANI (dir.), *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006.
6. Vid. A. CASSATELLA, M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e servizi: temi di diritto europeo e nazionale. Norme, prassi e strumenti*, Torriana (RN), 2013, 7; M. FROMONT, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Differences theoriques et convergences de fait*, R. NOUGELLOU, U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, cit., 263; G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 3; M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Groningen, 2009, 3.

publicista, mientras que en otros Estados (Inglaterra) no hay diferencias sustanciales con respecto a las reglas ordinarias de la contratación de derecho privado. En otros Estados sin embargo, se configuran sistemas «mixtos» que, reconociendo el contrato como un instrumento de derecho privado, su adjudicación queda sometida a reglas específicas, en función del sujeto que actúa como entidad contratantes (Italia, Alemania y Holanda).

Otras diferencias, menos acusadas (pero no por ello menos relevantes), y de tipo instrumental, son las que se refieren, por ejemplo, a la aplicación práctica de los procedimientos. Así, los Estados del norte de Europa, basados en el *common law*, muestran tradicionalmente una fuerte tendencia al pragmatismo y a la calidad de los resultados (apostando por ejemplo por sistemas de contratación centralizada con todavía poca presencia en Estados de tradición jurídica distinta), admitiendo la flexibilidad procesal y la discrecionalidad de la entidad contratante. Dicho en otros términos, en estos sistemas se tiende a perseguir en cada contrato la mayor eficiencia posible para el gasto público aunque sea a costa de las formalidades procesales. En cambio, en el caso de Italia (y lo mismo sucede en Francia y España), la acción del legislador se traduce en una serie de reglas y restricciones procesales que limitan la autonomía de las partes durante el procedimiento con el objetivo de anular o reducir el riesgo de parcialidad de las entidades contratantes⁷.

En este escenario, caracterizado como se ha mencionado, por la progresiva europeización de las reglas nacionales, la Unión Europea ha activado recientemente un proceso de reforma de las directivas sobre los contratos públicos, que en el mes de diciembre del 2011 llevó a la presentación de una serie de propuestas sobre:

i. la nueva directiva *sobre los contratos públicos* (sustituye la directiva 2004/18CE);

ii. la nueva directiva *sobre los contratos públicos de los entes erogatorios de agua y de energía, de los entes que proporcionan servicios de transporte y servicios postales* (sustituye la directiva 2004/17/CE);

iii. la nueva directiva *sobre las concesiones*.

El acuerdo entre el Parlamento y el Consejo de la UE que debería confirmar la conclusión del iter normativo se espera para finales del

7. Vid. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 301; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, vol. I, 5.

2013. Sería prematuro en este momento analizar en detalle el contenido de dichas propuestas, sin embargo, tras una primera lectura de las mismas podemos aventurar una inversión de tendencia que podría caracterizar las nuevas directivas. Nos referimos, en particular, a la superación de la lógica de armonización «reforzada» y de unificación de los sistemas nacionales, hasta ahora perseguidas mediante reglas consideradas excesivamente rígidas e invasivas de las prerrogativas de los Estados, en favor de la consecución de objetivos como la simplificación, la eficiencia y la seguridad jurídica. El objetivo de las nuevas Directivas parece ser el de «disponer de reglas dotadas de un menor grado de detalle, con procedimientos e instituciones que dejen un mayor espacio a la discrecionalidad y la negociación»⁸.

II. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el presente trabajo, la expresión *europaización* la vamos a utilizar para describir el proceso de adaptación de las reglas nacionales en materia de contratos públicos a las reglas europeas, fijando nuestra atención en el modo en que la jurisprudencia influye en dicho proceso. Lo que se pretende es demostrar que en ocasiones, esa adaptación o europaización trae causa o es un efecto de una decisión jurisdiccional o del diálogo que mantienen el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales. En efecto, corresponde al primero la definición de los principios y criterios para la aplicación de las reglas del derecho de la Unión Europea, mientras que es tarea de los jueces nacionales la relectura o interpretación de las normas del propio ordenamiento, no en clave nacional sino en clave europea. Dicho en otros términos, la *europaización* de las reglas nacionales viene aquí considerada desde la perspectiva jurisprudencial, con el objetivo de poner de manifiesto el impacto de esa jurisprudencia sobre el funcionamiento y la evolución de las normas nacionales sobre contratos públicos⁹.

8. Vid. G. A. BENACCHIO, *Verso le direttive di quarta generazione*, in BENACCHIO, G. A., COZZIO, M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 8-28; C. H. BOVIS, *Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level*, in EPPPL, 4, 2012, 221-227; C. RISVIG HANSEN, C. TVARNØ, G. S. ØLYKKE (eds.), *EU Public Procurement. Modernisation, Growth and Innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2012, 1-256; G. D. COMPORI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, 2012, n. 3, 575-603; G. MARCHIANÒ, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella proposta di direttiva comunitaria COM/2011/896 del 20 dicembre 2011. L'impatto sulla normativa nazionale dei servizi*, Padova, 2012, 1-176.

9. Más en general vid. G. A. BENACCHIO, *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unifica-*

El elemento jurisprudencial ha desempeñado una importantísima función en el proceso de europeización, particularmente evidente en el ámbito de la contratación pública, tanto a nivel europeo como nacional. En este sentido, parafraseando al filósofo ZYGMUNT BAUMAN¹⁰, podría concebirse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como un «líquido» que penetra en los ordenamientos de los Estados miembros y restringe, modifica, u orienta la acción de los legisladores y operadores¹¹. No resultan obstáculo para esta *vis* (o tendencia «expansiva») de la jurisprudencia europea algunas resistencias presentes a nivel nacional, que sólo retrasan el proceso de europeización, pero que no tienen capacidad para frenar su avance.

Pero limitarse a hablar de una mera influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sería una visión reduccionista e inexacta, ya que la efectividad de sus sentencias, la inaplicación del Derecho interno y los principios de primacía, interpretación conforme y efectividad de la tutela ponen a los jueces de Luxemburgo en condiciones de establecer reglas de conducta, que se incorporan en la legislación nacional integrándose con soluciones también profundamente innovativas. En este sentido, las decisiones de la Corte europea constituyen no solo una formidable forma de unión entre el derecho de la Unión Europea y los sistemas nacionales, sino también uno de los principales momentos de creación e innovación de las reglas nacionales, y de definición de los equilibrios entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales¹².

Reconocer este papel/función de la jurisprudencia europea implica

zione del diritto europeo dei contratti, Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista di Diritto Civile Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso la riforma, in Riv. Dir. Civ., 2006, 6, 133 ss.

10. Vid. Z. BAUMAN, *Vita liquida*, 2005, Roma-Bari e ID., *Modernità liquida*, 2009, Roma-Bari.
11. Vid. M. A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, 6-38.
12. Vid. G. A. BENACCHIO, *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, cit., 133-138; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1, 28; M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1991, 783 ss.; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1, 141 ss.; T. GIOVANETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; C. H. BOVIS, *Developing public procurement regulation: Jurisprudence and its influence on law making*, *Common Market Law Review*, 2006, 2.

múltiples consecuencias. Entre todas ellas podemos destacar la alteración de los procesos de producción de las normas, especialmente evidente en los sistemas (como el italiano) donde tales procesos obedecen a específicos procedimientos parlamentarios. En estos sistemas asistimos a la progresiva formación de un derecho de base jurisprudencial, es decir, de un derecho que toma sus reglas de las controversias entre las disposiciones normativas resueltas por la jurisprudencia¹³, sobre todo del Tribunal de Justicia.

Como consecuencia de este proceso de cambio en el modo de producción de las normas se produce un cambio cualitativo de las mismas. En otros términos, es cierto que con su propia actividad interpretativa, el Tribunal de Justicia ha sido capaz de unificar las reglas (europeas y nacionales) de forma más eficaz de cuanto pudieran hacerlo las disposiciones de los Tratados, las directivas y los reglamentos. Esto sucede porque cuando el Tribunal de Justicia interpreta una norma o un principio impone *erga omnes* esa única interpretación y aplicación, y la sustrae del ámbito de decisión de los Estados miembros. Sin embargo, también es cierto, que la finalidad de las reglas de matriz jurisprudencial difieren de aquellas de origen parlamentario que resultan fruto del acuerdo político. En efecto, las primeras, persiguen una orientación de tipo funcional y tienen por objetivo la resolución, caso por caso, de cuestiones específicas. Es esta la razón por la cual se consideran particularmente adecuadas para superar catálogos formalistas, que difícilmente podrían ser exhaustivos, presentes en los ordenamientos de algunos Estados miembros de la UE y en sus respectivas tradiciones jurídicas.

Además, la funcionalidad y la ocasionalidad de los *arrêts* jurisprudenciales europeos evidencian los principales límites de este proceso de creación de las reglas. En efecto, a nadie se le escapa que la delimitación, mediante reglas jurisprudenciales, de institutos y conceptos jurídicos (cuyos contornos no se encuentran perfectamente delineados en la normativa), aunque sin duda útil y valiosa (en tanto que *binding judicial precedent*), no parece sin embargo capaz de sustituir la necesidad de una intervención normativa que ofrezca mayor certeza sobre el derecho a aplicar a esos conceptos e institutos¹⁴.

13. Vid. la base de datos de jurisprudencia europea y nacional sobre contratación pública dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento, link www.osservatorioappalti.unitn.it.

14. Vid. M. A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, P. G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Napoli, 2012, 513.

A este *déficit* de sistematicidad y certeza jurídica se suma una posterior consecuencia. La acción interpretativa del Tribunal de Justicia ofrece en muchas ocasiones una lectura en términos específicos y obligatorios de los principios generales (por ejemplo en referencia a los principios de no discriminación, proporcionalidad, igualdad de tratamiento y transparencia) que tiende a traducirse en la obligación para las administraciones de respetar «nuevas» reglas procesales. El resultado final, por tanto, es una transformación por vía jurisprudencial el principio general en norma de detalle.

Las circunstancias anteriores nos permitirían afirmar la existencia de un *jus commune* en materia de contratación pública que obliga directamente a las entidades contratantes, «dejando de lado a los Estados»¹⁵. Esas reglas comunes derivan de las decisiones jurisprudenciales que son aplicación de las normas de la Unión, de cuyo incumplimiento derivaría la aplicación de las sanciones por violación de las obligaciones derivadas de los Tratados, con las consecuencias que se derivan por responsabilidad del Estado.

III. EL DIÁLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN JURÍDICA

No menos importante que la actuación del Tribunal de Justicia es la actividad de interpretación y perfeccionamiento de las normas internas desarrollada por los jueces nacionales, con el fin de adecuarse a las indicaciones de los jueces europeos. En efecto, la aplicación de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia queda garantizada por los jueces y por los operadores que introducen primariamente la regla jurídica en los ordenamientos de los Estados miembros.

Podríamos decir, para ilustrar este fenómeno, que a través de una única actuación se activan miles de reacciones en el interior de un organismo único. En efecto, los tribunales nacionales, actuando como «organismos jurisdiccionales comunes del derecho europeo»¹⁶ o como «orga-

15. Vid. F. PELLIZZER, *Le concessioni di lavori pubblici come forma di collaborazione pubblico-privato*, G. A. BENACCHIO, D. DE PRETIS (a cura di), *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, in *Atti dei seminari presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento*, 2005, 58; P. PATRITO, *L'appalto pubblico transfrontaliero e le regole europee per l'affidamento*, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 425; D. DRAGOS, R. CARANTA (eds.), *Outside the EU Procurement Directives, Inside the Treaty?*, Copenaghen, 2012, 5-424.

16. Vid. M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, www.giustizia-amministrativa.it/webcds/studi_e_contributi.htm, 2012.

nismos desconcentrados de la jurisdicción europea»¹⁷ se encuentran obligados a respetar las reglas¹⁸, llegan a ser parte activa en la aplicación del derecho europeo en el marco de unos ordenamientos nacionales cada vez más integrados.

Analizando, por ejemplo, la realidad italiana, puede observarse en el sentido apuntado cómo un número creciente de sentencias (en el sector de la contratación pública, pero no solo), fundamentan sus propias decisiones acogiendo la interpretación de las reglas europeas realizada por el Tribunal de Justicia. Esta es una señal clara de la adquisición de una mayor sensibilidad y familiaridad de los italianos con los principios y conceptos del derecho europeo, así como un indicador fiable de la intensidad del proceso de europeización del derecho interno.

En el ámbito de este diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales asume una especial importancia el instrumento de la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 del TFUE (*ex art. 234 TCE*), mediante la cual los jueces nacionales solicitan al Tribunal de Justicia un pronunciamiento sobre la interpretación de las reglas europeas aplicables a un asunto concreto.

La cuestión prejudicial es uno de los pilares sobre los cuales se ha construido la Unión europea como «comunidad de derecho» y su uso es paradigmático del proceder jurídico de la integración europea.

La importancia de estas cuestiones prejudiciales se deduce del incremento cuantitativo que recientemente han experimentado las mismas en relación con el total de actividad del Tribunal de Justicia¹⁹. Por ejemplo, en el período 1953-2011, el número de recursos directos presentados ante el Tribunal de Justicia (más de 8.000) fue superior al de las cuestiones prejudiciales presentadas en el mismo período (cerca de 7.000). Sin embargo, si consideramos un período más reciente (2000-2011) podemos observar que el número de cuestiones prejudiciales (3.271) es superior a aquel que representan los recursos directos (2.256). Este dato pone de relieve la importancia que ha asumido la función interpretativa realizada por los jueces europeos, así como la sensibilidad de los jueces nacionales (y de los operadores del derecho), al considerarse parte del sistema unitario.

17. Vid. A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia UE in una fase di crisi del modello sopranazionale*, www.affarinternazionali.it, 2008.

18. Vid. E. PICOZZA, *Quali rapporti fra autorità nazionali e comunitarie per il rispetto delle regole degli appalti pubblici*, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Torriana (RN), 2010, 63-76.

19. Link web www.curia.eu.

Por otro lado, no pueden pasarse por alto, algunos aspectos críticos asociados a la utilización de la cuestión prejudicial, que con el paso del tiempo ha experimentado una ampliación del rol inicialmente asignada a dicho instrumento, quizás «más allá de lo originariamente previsto»²⁰, consistente en asegurar «una interpretación y una aplicación uniforme del derecho de la Unión europea en todos los Estados miembros»²¹. La *ratio* originaria de la cuestión prejudicial respondía a la necesidad de evitar la aparición de «nacionalizaciones» del derecho europeo a causa, principalmente, de la actividad interpretativa de cada una de las jurisdicciones estatales. En otros términos, el riesgo que se quería evitar, era el de una progresiva diversificación del significado y del alcance del derecho europeo a través de la acción «descoordinada» de los jueces nacionales, con efectos perjudiciales sobre el objetivo general de la creación de un espacio único entre los Estados miembros de la UE²².

Si el indicado era el objetivo principal de la cuestión prejudicial, no siempre, sin embargo, los efectos derivados de su utilización han resultado coherentes. Así sucede, por ejemplo, cuando una cuestión enviada al Tribunal de Justicia, aun formalmente relacionada con la aplicación de una regla europea, se refiere a la conformidad con el derecho europeo de una norma de derecho interno. En tales casos, la cuestión prejudicial se ha utilizado para solicitar al Tribunal de Justicia su opinión y resolver las posibles divergencias sobre la interpretación y la aplicación de las normas de derecho nacional. El Tribunal de Justicia, en efecto, a pesar de que no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma nacional con el Derecho de la UE (en realidad su competencia se proyecta sobre la interpretación de las normas europeas, no de las normas nacionales), tiene la tarea de indicar a los jueces nacionales los elementos de interpretación de la regla europea necesarios para resolver un caso nacional concreto.

En el sentido apuntado, los ejemplos referidos a la contratación pública son numerosos. Entre los más recientes podría citarse la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lom-

-
20. Vid. D. U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, P. G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 121; M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, cit.
21. Vid. Tribunal de Justicia, *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei Giudici nazionali*, GUUE 28 mayo 2011, C 160, pt. 1.
22. Vid. D. U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, P. G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 122-123; A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 333.

bardia el 15 de enero 2013²³. Esta cuestión guarda relación con uno de los temas más controvertidos en el ámbito nacional: las declaraciones que los participantes en la licitación deben presentar para acreditar los requisitos de orden general para la participación en las licitaciones.

En relación con esa cuestión, las disposiciones tanto europeas²⁴ como nacionales²⁵ persiguen el objetivo de asegurar que las administraciones celebren contratos públicos solo con sujetos «fiables», impidiendo que se puedan adjudicar a aquellos que no demuestran la necesaria integridad moral y profesional. Estos requisitos han sido colocados como garantía del elemento fiduciario que caracteriza el contrato público y constituye una forma de autotutela preventiva para las administraciones, que, ante la concurrencia de determinadas situaciones, deben excluir al operador de la licitación y rechazar la celebración del contrato. En otros términos, el poseer los requisitos generales de aptitud para contratar califica al operador y tal calificación se convierte en elemento integrante de su capacidad jurídica a efectos de la celebración del contrato²⁶.

En Italia, la cuestión de los requisitos de orden general para la participación en las licitaciones se encuentra en el origen de un elevado número de recursos contenciosos y, haciendo caso omiso a las recientes soluciones adoptadas por el legislador nacional, la intervención de Luxemburgo podría contribuir a desbloquear una situación interna de inseguridad jurídica, originada por el contexto jurisprudencial sobre la interpretación del art. 38 del Código de los Contratos públicos italiano.

En la cuestión prejudicial *supra* mencionada, el juez nacional sostiene que una interpretación correcta de las disposiciones del Código de los Contratos públicos italianos relativa a los requisitos generales de participación no debería legitimar supuestos de exclusión automáticos, basados en lógicas formales, sin que exista la posibilidad de que la entidad adjudicadora pueda llevar a cabo una investigación sobre el cumplimiento de los requisitos que posee la empresa. El juez nacional manifiesta a través de esta cuestión prejudicial sus dudas sobre la conformi-

23. Ordinanza Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Milano, sez. I, 15 gennaio 2013, n. 123.

24. Art. 45, dir. 2004/18/CE.

25. Art. 38 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*.

26. Vid. S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, R. DE NICOTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, vol. I, Milano, 2007, 463-506.

dad con el derecho europeo de un supuesto incluido en el Código de los Contratos públicos italianos que determina la exclusión del procedimiento de licitación sobre la base de una presunción absoluta de tipo formal.

Es difícil negar la persuasividad del razonamiento presentado en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial que expresa una particular sensibilidad por el enfoque sustancial/teleológico que caracteriza el legislador de la UE²⁷. Más allá de lo que en su momento interprete el Tribunal de Luxemburgo, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial resulta expresivo de esa tendencia, ya señalada por la doctrina, de plantear cuestiones prejudiciales «construidas de tal modo que provocan, de hecho, una intervención del Tribunal de Justicia sobre el derecho interno».

IV. EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES Y LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS JURÍDICOS

La aceptación de los principios definidos por el Tribunal de Justicia constituye parte del más amplio fenómeno de *circulación de los modelos jurídicos*. Las causas y modalidades de transferencia de modelos y soluciones son múltiples, y pueden involucrar tanto el legislador, como la jurisprudencia y la doctrina, así como combinaciones de los tres elementos. La perspectiva que nosotros analizamos en este trabajo es la que guarda relación con la actividad jurisprudencial, es decir, qué reglas jurídicas circulan como consecuencia de la actividad del Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales.

En este sentido podemos distinguir una primera hipótesis de creación y circulación obligatoria de reglas y principios generales, de otra hipótesis, menos frecuente, en la que esas reglas circulan de manera espontánea. En el primer caso, la circulación se produce por la incorporación en el ordenamiento europeo de reglas y principios ya elaborados por la Unión europea, o bien ya presentes en algunos ordenamientos de los Estados miembros. Así, cuando el Tribunal de Justicia hace propia una regla nacional, la circulación sigue un recorrido vertical y bidireccional: la regla nacional viene elevada a rango de regla europea, para luego descender nuevamente a través de la actividad de los Tribunales nacionales (también) en los ordenamientos de los Estados donde resultaba

27. Vid. A. BOTTO, *Le novità normative e i principi comunitari di riferimento*, A. CASSATELLA, A., M. COZZIO (a cura di), *Temi di diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici*, cit., 81.

desconocida o no se utilizaba. En esta última fase, descendente, la adhesión a la regla europeizada se produce por el cumplimiento a las obligaciones de los Tratados y los principios establecidos, a los cuales los jueces nacionales no pueden escapar.

Un ejemplo de esta circulación obligatoria lo encontramos en el ámbito de las relaciones *in house*, que permiten a las administraciones encargar directamente –sin licitación– prestaciones propias de los contratos públicos a sociedades en las que ellas mismas participan. En concreto, en relación con la exigencia, en tales casos, de un control administrativo sobre la sociedad análogo al que la administración ostenta sobre los propios servicios, y más específicamente en relación con la forma en que dicho control se manifiesta en los supuestos en los que son varias administraciones las que participan en el capital social de la sociedad que recibe el encargo. Respecto de dicha cuestión, el Tribunal de Justicia, «reconociendo» el modelo español²⁸ y belga²⁹, estableció que el requisito del «control análogo», que permite el encargo *in house*, puede cumplirse también de manera conjunta por varios socios públicos, independientemente de su participación en el capital social de la sociedad. Y esa solución no tardó en ser posteriormente aplicada por los jueces italianos³⁰.

A veces la norma nacional adoptada por el Tribunal de Justicia se incorpora en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a través de la acción del legislador. Es el caso, del concepto de *organismo*

-
28. Vid. Tribunal de Justicia, C-295/05, 19 abril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, Racc. I-02999, pt. 10, 55 e 58; Vid. M. A. BERNAL BLAY, *Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 abril de 2007 (AS. C-295/05, Asemfo vs. Tragsa)*, in *Revista española de derecho administrativo*, Civitas, 137, 2008, 115-138.
29. Vid. Tribunal de Justicia, C-324/07, 13 noviembre 2008, *Coditel Brabant SA*, Racc. I-08457, pt. 46-54; M. COZZIO, *Affidamenti in house: la Corte precisa il contenuto del controllo analogo nel caso di società pubbliche con pluralità di soci*, 2009, link web www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=32; R. CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i limiti dell'in house pubblico*, in *Giur. It.*, 2009, 1254; G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo «in forma collettiva» nell'istituto dell'in house providing*, *Riv. Trim. App.*, 2009, 383; S. CORNELLA, *L'in house providing nel dialogo fra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in G. A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 69-94. Hace poco Tribunal de Justicia, C-182/11 e C-183/11, 29 noviembre 2012, *Econord SpA* instado por Consiglio di Stato italiano con la sentencia 23 febbraio 2011 n. 762.
30. Vid. Tribunale Amministrativo Regionale, Lazio, Roma, 16 ottobre 2007, n. 9988; Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; deliberación 2/2010, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, link web www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=78.

de derecho público, noción depurada por el Tribunal de Justicia (1988)³¹ sobre la base de lo previsto en el ordenamiento francés³², y posteriormente incorporado a la Directiva 89/440/CEE³³ y de ahí transpuesta luego al ordenamiento italiano (donde era desconocida)³⁴. En este caso, el juez de Luxemburgo, adopta la solución prevista en el Ordenamiento francés para establecer el principio del reconocimiento del organismo de derecho público (*concepto funcional vinculado a la satisfacción de necesidades de interés general*). Posteriormente, la solución fue formalmente transpuesta por el legislador que se interpuso en la fase descendiente antes de incorporarse a los ordenamientos de los Estados a través de las decisiones de los jueces nacionales.

Lo contrario sucede en los supuestos anteriormente calificados como de circulación espontánea, donde las reglas no se incorporan al ordenamiento jurídico de los Estados porque vengan impuestas por el derecho de la Unión, sea a través de una directiva o una sentencia del Tribunal de Justicia, sino porque el juez nacional las incorpora por propia iniciativa, sin ningún vínculo derivado de la pertenencia a la Unión europea.

Esta segunda vía de circulación es menos frecuente que la primera y constituye un «signo evidente de la formación de una conciencia europea»³⁵, que alinea los ordenamientos nacionales en torno a un núcleo común, e insta a los jueces nacionales a integrar las lagunas del propio derecho acudiendo a las soluciones del Tribunal de Justicia y de los otros Estados miembros.

Presupuesto para esta circulación espontánea de las reglas es el conocimiento del derecho de los otros Estados miembros, así como el hábito de la comparación entre las interpretaciones de los Tribunales nacio-

31. Vid. Tribunal de Justicia, C-31/87, 20 septiembre 1988, *Gebroeders Beentjes*, Racc. p.I-4635, pt. 12.

32. Vid. G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 6, 1237.

33. Vid. dir. 89/440/CEE del 18 luglio 1989.

34. Vid. P. M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di amministrazione aggiudicatrice*, Bologna, 2000, 7; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, nn. 3-4, 495 ss.; R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 155; F. CARINGELLA, *In particolare, gli organismi di diritto pubblico*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, vol. I, 233.

35. Vid. G. A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea...*, cit., 160.

nales. Ambos factores, conocimiento y hábito, concurren para reforzar no solo la construcción de un derecho europeo integrado³⁶, sino también la realización de los objetivos de la política europea de la contratación pública.

Los temas sobre los cuales puede operar el método comparativo son numerosos. Un ejemplo es el relativo a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo para la impugnación de los actos de las licitaciones públicas. La aplicación de los principios europeos del efecto útil y de la efectividad de la tutela se traducen en algunos ordenamientos (caso del italiano) en la decisión de privilegiar «el pleno conocimiento del acto y de los relativos aspectos de ilegitimidad», que se traduce en la posibilidad de aplazar el *dies a quo* hasta un máximo de diez días tras la notificación de la adjudicación (es decir, hasta el momento en que un competidor, actuando de forma diligente, puede tener conocimiento útil de la documentación de licitación de propio interés). En otros ordenamientos, sin embargo, la transposición de los mismos principios se traduce en soluciones diferentes. En España, por ejemplo rige una presunción de que el acto de adjudicación proporciona la información necesaria para que, en su caso el licitador no adjudicatario pueda interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, por lo que en el caso de actos de adjudicación, el plazo para la presentación del recurso comienza a partir del envío de la notificación³⁷. No obstante lo anterior, en caso de que no se comuniquen al resto de licitadores las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de su elección, podrán solicitarse a la entidad contratante sin que se inicie el cómputo del plazo del recurso (quince días hábiles) hasta que el licitador reciba esa información.

Otra ejemplo es el relativo al coste de acceso al sistema de tutela administrativa en materia de contratación, que en el caso de Italia resulta particularmente penalizante³⁸, especialmente si se compara con

36. Vid. M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit., 16 ss. y también G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, 119.

37. Vid. Tribunale Amministrativo sui Contratti Pubblici della Comunità di Madrid (ris. 28/2011 y 41/2011); M. A. BERNAL BLAY, *Observatorio de la actividad de los organos de recursos contractuales en 2011*, J. M. GIMENO FELIU (Dir.), *Observatorio de Contractos Públicos 2011*, Editorial Aranzadi, 2012, 358-359.

38. Vid. A. POZZI, *Relazione di inaugurazione Anno Giudiziario 2013*, Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa sede di Trento, 22 febbraio 2013 link web www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=32; A. CHIETTINI, *Principali novità giurisprudenziali in materia di procedure ad evidenza pubblica*, cit.; L. GILI, *Avvocato ma quanto mi costi? Note e divagazioni sull'attuale diritto alla difesa in materia di affidamento di contratti pubblici*, *Il diritto dell'economia*, 2012, 2, 355.

otros sistemas europeos. En efecto en España y Alemania no se prevé ningún coste de acceso a dicho mecanismo de tutela³⁹, mientras que en Francia es mínimo.

Por último, no debe pasarse por alto, que la adhesión a los principios del Tribunal de Justicia muchas veces permite a los jueces nacionales desviarse de las corrientes dominantes en el ordenamiento de pertenencia, indicando caminos, total o parcialmente nuevos. Las decisiones del juez europeo, por lo tanto, buscan la innovación en los sistemas nacionales y, al mismo tiempo, la reconducen hacia una relación de indispensable subsidiaridad con el ordenamiento de la Unión.

V. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS POR VÍA JURISPRUDENCIAL: LA DIVERSIDAD

Una de las circunstancias que condiciona la aplicación jurisprudencial de las reglas europeas es la diversidad de las soluciones adoptadas por los jueces nacionales sobre las cuestiones de interés europeo. Esa diversidad se justifica en parte por las diferencias de sistema que hacen referencia a las tradiciones jurídicas de pertenencia. Así lo demuestra el hecho de que, en ocasiones, las sentencias del Tribunal de Justicia asumen notoriedad solo en algunos países, sin ninguna repercusión en otros, por ese diferente impacto⁴⁰.

En la sentencia *Alcatel*, por ejemplo, el Tribunal de Justicia impuso a la Administración austriaca la adopción de actos procesales para la elección de la empresa que ha participio al proceso de adjudicación⁴¹.

39. Costes Comunidad de Madrid.

40. *Vid.* D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, cit., 20.

41. En aquel caso se enjuiciaba la conformidad con el Derecho europea de la regulación austríaca, donde la relación contractual entre el órgano de contratación y el licitador se perfeccionaba, durante el período de adjudicación del contrato público, en el momento en que el licitador recibía la notificación de la aceptación de su oferta. Por consiguiente, por lo general, en Austria, no coincide formalmente la adjudicación del contrato con su formalización. La decisión del órgano de contratación acerca de con qué persona quiere contratar se adopta por lo común antes de que dicha decisión se consigne por escrito, y ello no es, en sí mismo, base suficiente para la celebración del contrato porque el licitador debe al menos tener conocimiento de ella, aunque en la práctica la decisión del órgano de contratación acerca de a qué persona adjudica el contrato es una decisión que se adopta internamente en el seno de su sistema de organización, que, con arreglo al Derecho austriaco, no trasciende a terceros. Por esta razón, para los terceros, la declaración de adjudicación del contrato público y su celebración son concomitantes ya que, por lo general, no tienen conocimiento ni pueden tenerlo, al menos por cauces legales, de la decisión adoptada en el ámbito interno del órgano de contratación. La propia decisión de adjudicar el

El principio jurídico que se deduce de esta decisión tuvo impacto en los ordenamientos nacionales que desconocían la previsión de un acto formal de adjudicación (entendido este como acto susceptible de impugnación). La decisión, sin embargo, no tuvo impacto, o lo tuvo en menor medida, en otros ordenamientos, como el italiano, que integran esos actos en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos.

Las diferencias por lo tanto no pueden sorprendernos. De hecho, esa variedad con frecuencia es expresiva de una situación casi fisiológica de la función jurisprudencial, en cuanto expresión de la dialéctica interna que le es propia⁴².

Por otra parte, si aceptamos que existe una pluralidad de interpretaciones entre los Tribunales de un mismo Estado, es difícil no aceptarla en un contexto más amplio como lo es el de la Unión Europea.

Ninguna de estas diferencias deben ser considerada necesariamente como un factor negativo. En muchos casos, de hecho, la interpretación del juez nacional se diferencia de aquella seguida por los jueces de los otros Estados con la finalidad de facilitar la incorporación de la regla comunitaria al propio ordenamiento. Esta consideración es resaltada por quienes⁴³ hace hincapié en la distinción entre una «diversidad respetada» y una «diversidad cultivada». La primera guarda relación con la acción del Tribunal de Justicia, que, cuando incide sobre los sistemas nacionales, tiende a circunscribir la propia decisión estrictamente al caso en concreto. La «diversidad cultivada», por su parte, son expresión de la propensión en los ordenamientos nacionales a encontrar soluciones de adaptación a las reglas europeas en línea con las tradiciones de derecho interno.

Los ejemplos de esta diversidad relacionados con el ámbito de los contratos públicos son también abundantes. Particularmente significativos son los casos relacionados con los conceptos de *organismo de derecho público*, de la *colaboración público-privado* y *público-pública*, o los *encargos in house*, cuya progresiva delimitación ha sido realizada por el Tribunal

contrato, es decir la decisión del órgano de contratación acerca de con qué persona quiere contratar, no es impugnabile. Vid. Tribunal de Justicia, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG e a. vc. Bundesministerium für Wissenschaft*, Racc. 1999, p. I-7671, apdos. 20 a 22; G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, cit., 13.

42. Vid. P. M. CHITI, *Mutazioni del Diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, cit., 305.

43. VID. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1.

de Justicia, aunque no siempre ha encontrado correspondencia en las interpretaciones realizadas por los jueces nacionales.

En algunos casos, significativamente en el referido a los requisitos que legitiman los encargos *in house*, la misma noción ha tenido origen y se ha desarrollado con fuerza por la jurisprudencia europea⁴⁴ y solo recientemente, en el ámbito de las propuestas de nuevas directivas⁴⁵ sobre los contratos y sobre las concesiones, se han puesto las bases para un reconocimiento normativo. Sobre los encargos *in house* lo cierto es que «existe una considerable inseguridad jurídica»⁴⁶, aunque exista una abundante jurisprudencia europea desde hace más de diez años. Tal vez ello explique la reciente intervención del legislador europeo, precisamente porque los pronunciamientos del Tribunal de Justicia (sobre los encargos *in house*) «vienen interpretados de manera diferente por los Estados miembros, las administraciones y los propios medios propios (entes *in house*)».

En otras ocasiones, sin embargo, es la diferente interpretación que promueven los operadores nacionales las que pueden llegar a alterar y/o crear fricciones con las interpretaciones y los principios establecidos por el Tribunal de Justicia. Así ocurrió, por ejemplo, en Italia, en relación con los encargos *in house* a sociedades mixtas, donde, en el seno del propio Consejo de Estado surgieron posiciones contradictorias y no conformes con las directrices del Tribunal de Justicia.

Otras veces, la distinción viene promovida por los jueces nacionales respecto a la interpretación promovida por el Tribunal de Justicia, anticipando (y tal vez reclamando) la adopción de soluciones jurídicas que puedan ser incorporadas por el legislador europeo y/o el mismo Tribunal de Justicia. Un caso significativo, por ejemplo, guarda relación con el principio de la separación de los criterios utilizados para la selección cualitativa de los participantes en la licitación y los que se utilizan para la evaluación de las ofertas⁴⁷. En Italia, sin embargo, la interpretación de tal principio ha sido menos estricta, permitiéndose la superposición

44. Vid. M. E. COMBA, *In House providing in Italy: the circulation of a model*, S. TREUMER, M. E. COMBA (a cura), *In house contracts in Europe*, Copenhagen, 2010, 95 ss. e FRACCHIA, F., *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico, Il diritto dell'economia*, 2012, 2, 243-281.

45. Vid. art. 15, COM/2011/897, 20 diciembre 2011 e art. 11 COM/2011/896, 20 diciembre 2011.

46. Vid. considerando n. 17, COM/2011/897 cit.

47. Tribunal de Justicia, 24 enero 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, Racc. 2008 I-00251, pt. 32.

de ambas tipologías de criterios⁴⁸, separándose claramente del criterio del Tribunal de Justicia. Y esta solución de los jueces nacionales encuentra confirmación en la nueva directiva sobre contratos públicos que formaliza la superación del principio de separación y redefine el criterio que se deduce de la jurisprudencia europea.

VI. (SIGUE): LA APUESTA A LA INNOVACIÓN

Las cuestiones hasta el momento abordadas –la especificidad de las reglas de matriz jurisprudencial, el papel del Tribunal de Justicia en el proceso de europeización de los sistemas nacionales, la diversidad de interpretaciones de los jueces nacionales de la misma norma– presentan un rasgo común que, más que otros, distingue la acción del Tribunal de Luxemburgo: su capacidad de innovación de las reglas.

En este sentido, son particularmente ejemplificativos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que han progresivamente liberalizado:

- (a) las modalidades de adjudicación, y
- (b) los criterios de evaluación de las ofertas.

En cuanto a las modalidades de adjudicación, el Tribunal de Justicia, desde los años 80 vino a establecer que para la selección de las ofertas podía utilizarse el criterio del «precio más bajo» o de la «oferta económicamente más ventajosa» negando la conformidad con el derecho comunitario de las normas nacionales que imponían la utilización de una u otra modalidad. Así, en el caso *Sintesi Spa*⁴⁹, el Tribunal de Justicia declaró que el derecho europeo no legitima las normas nacionales (en el caso concreto el art. 21, párr. 1 y 2 de la Ley italiana del 11 de febrero de 1994 n. 109 denominada Ley Merloni) que imponían a las entidades contratantes la utilización del criterio del precio más bajo para la adjudicación de los contratos de obras públicas. Los jueces europeos, sin desconocer una serie de ventajas reconducibles a la modalidad de adjudicación del precio más bajo (mayor facilidad de su valoración, transparencia, objetividad, etc.), aclararon la decisión sobre la modalidad de adjudicación corresponde en exclusiva a la entidad adjudicadora atendiendo a las características de la licitación.

Ese principio establecido por el Tribunal de Justicia ha encontrado

48. *Vid.* Consiglio di Stato, sez. V, 2 octubre 2009 n. 6002; Consiglio di Stato, sez. IV, 25 noviembre 2008, n. 58.

49. *Vid.* Tribunal de Justicia, sez. II, 7 octubre 2004, C-247/02, *Sintesi SpA*, Racc. 2004 I-09215.

aplicación en una reciente decisión del juez nacional italiano⁵⁰, particularmente interesante por la sensibilidad europeísta y por el grado de innovación que introduce en el ordenamiento interno. El caso se refiere a la adjudicación de un contrato público de servicios que la administración había adjudicado utilizando la modalidad del precio más bajo, sin atender a lo dispuesto en una norma regional que, para la concreta tipología de servicios que eran objeto de licitación prescribía la utilización de modalidad de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa (excluyendo expresamente el uso de un único criterio, el precio más bajo). La Administración, considerando la norma regional no conforme con la interpretación del Tribunal de Justicia, la inaplica. El juez italiano, sin embargo, censura este comportamiento y anula el procedimiento.

El pronunciamiento del Juez italiano, a primera vista, parece no ser conforme con el principio establecido por el Tribunal de Justicia en el caso *Sintesi Spa*. El órgano juzgador, en efecto, no aprecia la disconformidad de la norma regional con las reglas europeas y considera que la misma favorece la modalidad de adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa) que más de otras tutelas dinámicas de tipo concurrencial, dando una relevancia específica a la calidad del servicio⁵¹. Pero entiende que no existe contravención de la doctrina derivada de la Sentencia *Sintesi Spa* al considerar que la norma regional se limita a «la fijación en términos generales y abstractos de una única modalidad de adjudicación» entendiendo que la modalidad impuesta por la norma regional es la que permite la individualización de la mejor oferta atendiendo a la concreta naturaleza del contrato. Esta sentencia introduce en el ordenamiento italiano una novedad significativa fundada sobre una atenta interpretación de la jurisprudencia europea que anticipa las soluciones contempladas en la propuesta de nuevas directivas sobre los contratos públicos, incorporadas de ordenamientos donde las entidades contratantes tienen la facultad de «disponer que la adjudicación de determinados tipos de contratos se base en la oferta económicamente más ventajosa»⁵².

Por cuanto respecta a los criterios de evaluación de las ofertas (*supra letra b*) la acción interpretativa del Tribunal de Justicia ha pasado de considerar taxativo el elenco de los criterios enunciados en la directivas de primera generación a declararlo solamente ejemplificativo, posibili-

50. Vid. Tribunale Amministrativo Regionale, Piemonte, sez. I, 6 febrero 2012 n. 153.

51. Vid. M. COZZIO, *Flessibilità e procedure competitive per l'affidamento dei servizi alla persona alle organizzazioni non profit, Impresa sociale*, Centro studi CGM, 2005, 1, 78.

52. Vid. art. 66, par. 3, COM/2011/896, cit.

tando la consideración de otros criterios diferentes por los órganos de contratación.

La evolución jurisprudencial descrita, que se ha llevado a cabo durante más de 15 años, a menudo ha precedido y condicionado en modo más o menos explícito la actividad del legislador europeo. Así, por ejemplo, con las directivas de tercera generación. El primer considerando de la Directiva 2004/18/CE, por ejemplo, establece expresamente que la elaboración del texto de la Directiva «se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular sobre la jurisprudencia relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades para las administraciones adjudicadoras de satisfacer las exigencias de la administración pública, incluso en materias como el medio ambiente y sociales...». Por su parte, la propuesta de nueva directiva sobre los *contratos públicos* (2011) confirma las decisiones del Tribunal de Justicia sobre utilización de criterios de evaluación de las ofertas, en particular, reconociendo la posibilidad de considerar entre los criterios de evaluación «los costes del ciclo de vida» de los productos objeto del contrato público (artículo 67)⁵³.

VII. RELEVANCIA DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN EL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN (ALGUNOS SIGNOS)

En el arco de más de cuarenta años las decisiones del Tribunal de Justicia y de los jueces nacionales han condicionado con gran intensidad la legislación y el funcionamiento del sistema italiano de contratación pública, llevando a cabo un rol decisivo de renovación. El proceso de europeización de las reglas nacionales en materia de contratos públicos ha sido redefinido también con la valiosa colaboración de los Tribunales, el ajuste de la legislación italiana, no sólo hacia «abajo» incidiendo sobre las prácticas y las reglas nacionales de detalle, sino también hacia «lo alto», modificando la *ratio* de la intervención del legislador italiano.

El impulso euro-unitario ha socavado el impacto clásico de las normas y de los procesos nacionales. Con el surgimiento de las directivas comunitarias de primera y segunda generación «la finalidad, la entera lógica de la disciplina de los contratos pública se ha transformado, en

53. Vid. G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n. 5, 819-875; C. RISVIG HANSEN, C. TVARNØ, G. S. ØLYKKE (eds.), *EU Public Procurement. Modernisation, Growth and Innovation. Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2012, 5-256.

adhesión a los principios europeos, de aquella de la tutela primaria de los intereses de la administración y de la libre circulación y de la competencia» y «el interés en la protección de la competencia parece prevalecer respecto a aquel de la tutela de la administración»⁵⁴. Esta observación, plenamente compartible y eficaz en su síntesis, refleja lo que ha sido, y sigue siendo todavía, el objetivo fundamental de la normativa europea en materia de contratos públicos.

Como se ha señalado⁵⁵, por lo tanto, el sistema legislativo nacional ha pasado de una concepción unipolar, centrada en la tutela de un único momento de interés (la salvaguardia del correcto actuar y adecuada operación de la administración), a una bipolar, cuyos extremos vienen situados en la, tutela de la administración pública, por una parte, y la tutela del mercado, por otra. En este cambio de orientación han influido profundamente la actuación *rule maker* de los jueces europeos, que ejemplifica claramente la progresiva extensión del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de las reglas europeas; el tema de la participación a las licitaciones, con las consecuentes garantías de publicidad, a la tipificación de los procesos, a la liberalización de los criterios de adjudicación; a las formas de responsabilidad y a la efectividad de los medios de tutela, etc.

Además, muchas veces, las decisiones del Tribunal de Justicia han venido seguidos de algunas reacciones y procesos de ajuste que allanan el camino a resultados jurídicos difícilmente previsibles. Vale por todos el ejemplo de los encargos *in house providing*, que de construcción jurisprudencial de carácter excepcional en tanto que supone la inaplicación de la normativa sobre contratos públicos han acabado legitimándose como modelo organizativo y de cooperación entre las administraciones, hasta el punto de llegar a asumirse por el legislador en las propuestas de nuevas directivas.

Todo lo apuntado hasta ahora viene a poner de manifiesto aquella

54. Vid. Corte dei Conti, Lombardia, 5 septiembre 2007, n. 448; Consiglio di Stato, sez. II, 18 abril 2007, n. 456.

55. Vid. A. CARULLO, Art. 1 Principi generali, in A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 4 ed., I, 35 e ss.; F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, 1993, 11; P. DE LISE, *Il Codice De Lise. Efficienza e garanzie nei contratti della P.A.: un difficile equilibrio*, relazione al convegno organizzato a Lecce il 27 ottobre 2006, disponibile su giustamm.it.; A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP AA, tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 39; M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 12.

percepción apuntada al inicio de este trabajo, habíamos intentado representar con la definición de jurisprudencia líquida. Prosiguiendo con la cita de BAUMAN⁵⁶, compartimos la idea de una siempre mayor dificultad en gobernar y/o predecir la evolución de un sistema jurídico como el actual, interconectado, errático y móvil hasta el punto de interrumpir o hacer más complejo cualquier intento de evaluación preliminar sobre los resultados y objetivos finales. De aquí la importancia de considerar las trayectorias (jurídicas) de referencia que emergen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los jueces nacionales.

En tal sentido, a través del diálogo entre Tribunales se pueden extraer algunas indicaciones e ideas sobre nuevas soluciones jurídicas e identificar vías de investigación también (y sobre todo) en clase comparativa⁵⁷. Un ejemplo de esto que estamos diciendo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto *Stadz Graz*⁵⁸ al hilo del planteamiento de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco, pero que incide también sobre el ordenamiento italiano. En este pronunciamiento los jueces europeos introducen una responsabilidad particularmente rigurosa para la administración pública que haya violado la disciplina sobre los contratos públicos. En efecto, se establece que la legislación nacional no puede limitar la responsabilidad al carácter culpable de la violación o al criterio, ya utilizado en otros sectores, de la «violación grave y manifiesta»⁵⁹. En otros términos, la sentencia reclasifica, la responsabilidad de las administraciones privando de relevancia el elemento subjetivo. No han faltado aplicaciones

56. Vid. Z. BAUMAN, *Vita líquida*, cit., 131.

57. Vid. F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit.; M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit.; G. A. BENACCHIO, M. COZZIO, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione Europea. Metodi e strumenti*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli, 2012; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico – privato*, cit., 71-214; G. D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 1-27.

58. Vid. Tribunal de Justicia, C-314/09, 30 septiembre 2010, *Stadt Graz*; C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Il Foro amministrativo*, 2011, 3015 ss.; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, relazione nell'ambito del seminario su *Il contenzioso in materia di appalti tra direttiva ricorsi e codice del processo amministrativo*, Bologna, 7-9 ottobre 2010; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 3/4, 729 ss.

59. Vid. Tribunal de Justicia, 19 noviembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*; Tribunal de Justicia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; Tribunal de Justicia, 23 mayo 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*; Tribunal de Justicia, 8 octubre 1996, C-178/94, *Dillenkofer*.

del citado principio por parte de jueces de primer grado⁶⁰, aunque si la tendencia parece ser aquella de vincular la responsabilidad del sujeto público a una serie de condiciones y presupuestos que toman en consideración el elemento subjetivo, evitando automatismos.

Otro ejemplo se relacionaba con la acreditación de la solvencia con medios ajenos, mecanismo que es expresión del *favor* europeo para lograr la más amplia participación en los procedimientos de licitación y que permite a los operadores, que no cumplan con determinados requisitos de participación, valerse de los requisitos puestos a su disposición por parte de terceros. Este recurso a las capacidades de terceros fue admitido primero por el Tribunal de Justicia⁶¹, para posteriormente incorporarse en las directivas de tercera generación⁶², y finalmente implementado en los Ordenamientos internos⁶³. Si bien es cierto la normativa europea no proporciona una completa regulación del mecanismo citado, se viene observando que tanto el legislador como los jueces nacionales parecen limitar su utilización, sujetando su utilización al cumplimiento de determinados requisitos formales (por ejemplo señalando necesidad de un contrato de puesta a disposición)⁶⁴ o introduciendo reglas de responsabilidad (por ej. de solidaridad entre la empresa cedente y la cesionaria)⁶⁵ que no encuentran anclaje en la regulación normativa europea del instituto⁶⁶.

-
60. Vid. Tribunale Amministrativo Regionale, Trento, 20 octubre 2010 n. 200; Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Brescia, 4 noviembre 2010 n. 4552; Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Brescia, 19 noviembre 2010 n. 4660; Tribunale Amministrativo Regionale, Piemonte, 29 octubre 2010 n. 3939; Consiglio di Stato, sez. V, 24 febrero 2011 n. 1184 y sez. IV, 31 enero 2012 n. 482. Vid. F. CORTESE, *La responsabilità civile (speciale e quasi oggettiva) della pubblica amministrazione*, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 555 ss.; BOSCHETTI, B., *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*. Nota a Cons. Stato, 8 noviembre 2012, n. 5686, *Urbanistica e appalti*, 2, 2013, 162.
61. Vid. Tribunal de Justicia, 14 abril 1994, C-389/92, *Gulmann Ballast Nedam Group*; Tribunal de Justicia, 2 diciembre 1999, C-176/98, *Holst Italia S.p.a.*
62. Vid. artt. 47 y 48, dir. 2004/18/CE, cit.
63. Vid. artt. 49 y 50, D. Lgs. 12 abril 2006 n. 163.
64. *Ibidem*.
65. *Ibidem*.
66. Vid. D. BEZZI, *Aspetti applicativi dell'avalimento*, in G. A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 261 ss.; A. CLARIZIA, *Avalimento: una nuova apertura comunitaria*, Convegno I.G.I., 20 marzo 2013, link web <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=32>; F. RUSSO, *L'avalimento per le certificazioni di qualità: profili giuridici e operativi*, *Giur. Merito*, 2011, 3184; C. ZUCHELLI, *L'avalimento*, R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, vol. I, 561-652.

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRACIÓN PÚBLICA

La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla La Mancha

I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU NUEVO PROCESO DE REFORMA

La contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho administrativo de la Unión Europea¹ ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad². En efecto, la Unión cuenta con unas muy desarrolladas reglas

1. Acerca del desarrollo del Derecho administrativo europeo puede verse SCHWARZE, J., *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988; NIETO GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I., *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010 y *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2007; ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Las perspectivas de futuro del derecho público: la formación del derecho público europeo y la armonización de los derechos públicos nacionales», *Revista General de Derecho Administrativo* n° 25 (2010); MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993; MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J. F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dirs.): *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas/Escuela Libre Editorial, 2000 y MACKENZIE STUART, A. J., «Recent Developments in English Administrative Law – the Impact of Europe?», en CAPOTORTI, F. y otros (Eds.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.
2. Un análisis en general del Derecho europeo de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español puede encontrarse en GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006; RÁZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, n° 6

sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

El completo «corpus iuris» europeo sobre contratación pública está integrado tanto por normas de Derecho originario y de Derecho derivado como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ha interpretado y cuya doctrina han ido incorporando las sucesivas directivas europeas en la materia.

Como característica destacada y una muestra evidente de la importancia concedida por la Unión a este sector del ordenamiento jurídico, la legislación sobre contratación pública comprende en la actualidad tanto normas sustantivas como procesales y de recursos.

Entre las primeras se encuentra a la cabeza por su generalidad la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; pero también la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Por lo que se refiere a las directivas de recursos en los procedimientos de contratación, en la actualidad están vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales. Ambas normas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo.

Sin embargo, pese a todas estas normas, los mercados de contratación pública en la Unión siguen siendo de ámbito más nacional que europeo: más del 98 % de los contratos adjudicados con arreglo a las directivas europeas fueron a licitadores nacionales (aproximadamente el 96 % del valor total)³.

(2.000) y *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, y MORENO MOLINA, J. A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996 y *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2010.

3. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de

Pues bien, el 20 de diciembre de 2011 presentó la Comisión Europea sus propuestas de nuevas directivas sobre contratación pública, con el objetivo de simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea.

Se trata de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública [COM (2011) 896 final]; la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM (2011) 895 final] y la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 897 final].

Mientras que esta última es una norma novedosa, ya que los contratos de concesión carecían hasta ahora de una regulación general europea, la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública dará lugar cuando se apruebe a la derogación de la Directiva 2004/18/CE, al igual que la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales sustituirá a la Directiva 2004/17/CE.

El marco normativo de la contratación pública en el Derecho de la UE quedará integrado tras la aprobación de estas nuevas directivas, además de por las mismas, por las anteriormente citadas Directiva 2009/81, que establece normas específicas para la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad; y 89/665 y 92/13, con sus modificaciones a través de la Directiva 2007/6, que fijaron normas comunes para los procedimientos de recurso a nivel nacional con el fin de asegurar que en todos los Estados miembros se prevean vías de recurso rápidas y eficaces para los casos en que los licitadores consideren que los contratos han sido adjudicados injustamente.

Además de estas normas, deben considerarse, como ha destacado MEDINA ARNÁIZ⁴, las disposiciones del Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012,

impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, p. 3).

4. «La regulación europea de la contratación pública no se agota en las Directivas: Nota sobre el nuevo Reglamento Financiero de la Unión», Observatorio de Contratación Pública, 18 de febrero de 2013, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/es/mem.detalle/id.90/recategoria.121/reلمenu.3/chk.39ec8e37560acccc5bdd63b3274ae53b> (fecha de consulta 2 de abril de 2013).

sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión⁵ y el Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo⁶.

La incorporación al Derecho español de las nuevas directivas europeas puede constituir una excelente oportunidad para redactar un nuevo texto legal que bien podría ser un Código de contratos públicos, como ha defendido GIMENO FELIÚ⁷.

II. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA POLÍTICA, NORMATIVA Y ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

La acción de las instituciones de la Unión Europea en relación con las compras públicas, que se inició en los años 70 y ha ido cada vez adquiriendo más y más importancia tanto política, jurídica y social como económica⁸, tiene como principal objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario. Se basa en los principios fundamentales consagrados en el Derecho originario de la Unión Europea de igualdad de trato, convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria, reconocimiento mutuo y lucha contra el fraude y la corrupción.

En nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de directivas comunitarias que pretenden garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Los valores que defiende la legislación sobre contratos para la Unión Europea son los relacionados con la garantía de la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales⁹.

5. DOUE L 298, de 26 de octubre.

6. DOUE L 362, de 31 de diciembre.

7. «¿Hacia una nueva ley de contratos públicos?», Observatorio de Contratación Pública, 25 de julio de 2011, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.90/recategoria.121/remenu.3/chk.39ec8e37560acccc5bdd63b3274ae53b>, (fecha de consulta 1 de abril de 2013).

8. Los contratos públicos suponen el 19,7% del Producto Interior Bruto europeo, véase el documento *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2013).

9. PIÑAR MAÑAS, J. L., «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de

Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales¹⁰ y comunitarias¹¹ de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación¹². Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias.

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento¹³. El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁴.

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora¹⁵. Exige que todas las condiciones y modali-

referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 50.

10. *El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.*
11. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89).
12. Véase HUERGA LORA, A. (2005), «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *REDA*, n° 126, p. 234.
13. Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)
14. Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110
15. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, *España contra Comisión Europea*, apartado 48.

dades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate¹⁶.

III. LAS PRIMERAS DIRECTIVAS SOBRE LA MATERIA Y EL INCUMPLIMIENTO GENERALIZADO DE SUS DISPOSICIONES

La primera norma comunitaria en materia de contratos públicos fue la Directiva de la Comisión 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969, relativa a los suministros de productos al Estado, a sus entes territoriales y a las personas jurídicas de derecho público. Anteriormente, la Comisión había adoptado la Directiva 66/683/CEE, de 7 de noviembre de 1966, de supresión de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prohíben la utilización de los productos importados de los demás Estados miembros, que imponen la utilización de los productos nacionales o que supeditan la concesión de una ventaja a que se produzca dicha utilización. Pero esta Directiva exceptuaba de su ámbito de aplicación las medidas referentes a los contratos públicos (artículo 4), en espera de la adopción de una Directiva específica sobre la contratación pública (que finalmente fue aprobada el 17 de diciembre de 1969)¹⁷.

La Directiva 70/32 tenía como principal objetivo clarificar o precisar el alcance de las grandes libertades comunitarias (libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) en el ámbito de los contratos públicos¹⁸.

16. Sentencia «Succhi di Frutta», citada anteriormente, apartado 111.

17. La directiva fue adoptada por la Comisión en uso de la competencia que le atribuía el artículo 33.7 del TCEE para determinar «el procedimiento y el ritmo de supresión, entre los Estados miembros, de las medidas de efecto equivalente a los contingentes que existan a la entrada en vigor del presente Tratado».

Como señaló BASSOLS COMA, M., la aparente conexión remota entre la contratación administrativa y este precepto del Tratado hay que vincularla al desenvolvimiento del principio de la libre circulación de mercancías [«Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa», *Noticias CEE*, n.º 21 (1986), p. 29].

18. De ahí que esta Directiva se conozca como «de liberalización» (WEISS, F., *Public procurement in European Community Law*, Atholone, Londres, 1993, pp. 33 y ss.).

Sin embargo, a pesar del incuestionable carácter vinculante de estas obligaciones derivadas del Derecho originario europeo, se hizo necesario adoptar unas medidas de carácter positivo que aseguraran unas condiciones fundamentales de igualdad para la participación en los contratos públicos en todos los Estados miembros y una transparencia de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos, de forma que se pudiera velar mejor por la observancia de los principios establecidos en el Tratado de la Comunidad¹⁹.

Si, hasta este momento, los legisladores comunitarios no se habían preocupado por esta problemática, no había sido porque no existieran prácticas discriminatorias o proteccionistas en la contratación pública. Como ha observado COX, A., en una etapa de tan fuerte crecimiento económico como la que se produjo entre 1950 y 1973, tanto los Estados miembros como los órganos comunitarios podían tranquilamente ignorar la continuación del proteccionismo en el ámbito de los contratos públicos²⁰. En este período, la Comunidad centró sus esfuerzos en la erradicación de las barreras «visibles» al mercado –derechos de aduana principalmente–. Será ya con el final de los años 60 cuando, abolidas la mayoría de aquellas barreras, y finalizado el largo período de «boom» económico, la atención política de la Comunidad se dirija hacia las denominadas barreras «invisibles» al mercado, o barreras no tarifarias²¹, entre las cuales cabe incluir a los altamente proteccionistas regímenes de contratación pública vigentes en la mayoría de los países miembros de la Comunidad²².

Se plantearon entonces varias opciones o proposiciones para intentar eliminar las discriminaciones en la contratación pública en los distintos Estados de la Comunidad. Finalmente, el modelo por el que se optó, esto es, adoptar una directiva para los contratos públicos de obras y otra para los contratos públicos de suministro, es de inspiración alemana. En efecto, en este ordenamiento existía una reglamentación, principalmente referida a la fase de formación de los contratos, separada para los contratos de obras y de suministros. En otros países, como España o Fran-

19. Comisión, «Vademécum sobre los contratos públicos en la Comunidad», DOCE C 358, de 31 diciembre 1987.

20. *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992*, Earlsgate Press, N. Humberstone, 1993, pp. 29 y ss.

21. Sobre el concepto de las mismas, véase WEISS, F., *Public Procurement in European Community Law*, The Athlone Press, Londres, 1993, p. 13.

22. Véase HARROP, J., *The Political Economy of Integration in the European Community*, E. Elgar, Aldershot, 1989, pp. 41 y ss.

cia, la tradición era la de contar con una sola norma legal que regula con carácter general toda la contratación de las Administraciones Públicas.

Surgieron así las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente²³. El objetivo de estas Directivas era coordinar los procedimientos nacionales de formalización de los contratos públicos, introduciendo en ellos un mínimo de normas comunes, que debían ser cumplidas en todos los procedimientos de adjudicación a los que fuesen aplicables. Principalmente, estas normas comunes pretendían garantizar una publicidad comunitaria suficiente para el desarrollo de una competencia efectiva entre los operadores económicos de todos los Estados miembros, prohibir las especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio y, por último, aplicar criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos.

Sin embargo, desde los primeros momentos a partir de su aprobación, las Directivas sobre contratos públicos, tanto la de «obras» como la de «suministros», empezaron a ser sistemáticamente incumplidas en los distintos Estados miembros de la Comunidad²⁴.

En parte, esta circunstancia se basó en la crítica situación económica mundial que se vivió a comienzos de los años setenta, motivada sobre todo por la crisis del petróleo. En el ámbito de la contratación pública, la crisis económica dio lugar a que los distintos Gobiernos protegieran a sus debilitadas empresas nacionales frente a las empresas extranjeras. Por otra parte, las Directivas sobre contratos públicos de los años 70 presentaban serias carencias técnicas, aparte de que excluían de su ámbito de aplicación importantes sectores (producción, distribución y transporte de agua y energía, transportes y telecomunicaciones)²⁵.

IV. LA «SEGUNDA GENERACIÓN» DE DIRECTIVAS Y SU MAYOR UNIFICACIÓN PROCEDIMENTAL

Será a partir del año 1985, con la aprobación del «Libro Blanco»

-
23. Ambas disposiciones fueron aprobadas por el Consejo sobre la base de la competencia que le atribuía el artículo 100 del Tratado CEE para adoptar directivas «para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común».
24. Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos, COM (84) 717 final, 14 diciembre 1984.
25. Jan A. WINTER, «Public Procurement in the EEC», *Common Market Law Review* 1991, p. 747.

de la Comisión para la consecución del mercado interior (fuertemente impulsado por el presidente de la Comisión Europea el francés J. DELORS) y la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea, cuando se dé un decisivo paso adelante de cara a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública comunitaria. Desde este momento, la Comunidad adoptó, con la vista puesta en el horizonte del gran mercado único de 1992, numerosas medidas encaminadas a potenciar los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La labor normativa del Consejo desarrollando el «Libro Blanco» comenzó con la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas clásicas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de Directivas que refunden aquellas Directivas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales». Con la aprobación estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública. Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997, y por la Directiva del Consejo 98/4/CE), son los que han estado vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004.

Si las directivas de los años 70 pretendían, paralelamente a la eliminación de las restricciones, la coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, respetando, en lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, las directivas de los años 90 supusieron una superación de aquella perspectiva, al afirmarse la exigencia de procedimientos unificados de selección de contratistas y adjudicación de los contratos, así como plantear la mejora y la extensión de las garantías previstas por las directivas.

V. LA TERCERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS Y SU FRACASO EN LA IMPLANTACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Tras un largo período de tramitación, en 2004 fueron aprobadas las

hasta ahora vigentes directivas comunitarias sobre contratación pública, que se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004 (serie L 134-1). Se trata de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Las nuevas normas tenían por objeto refundir la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa en varias directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos.

Pues bien, las disposiciones de las Directivas de 2004 son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y persiguen un triple objetivo de modernización, simplificación y mayor flexibilidad del marco jurídico que existe sobre este tema: modernización para tener en cuenta nuevas tecnologías y las modificaciones del entorno económico; simplificación para que los textos actuales sean más fácilmente comprensibles para los usuarios, de modo que los contratos se adjudiquen de perfecta conformidad con las normas y principios que regulan la materia y que las empresas implicadas puedan conocer mejor sus derechos; y flexibilidad de los procedimientos para responder a las necesidades de los compradores públicos y operadores económicos.

Las directivas prestan una especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos, que constituyen una técnica en expansión que pasa a ser definida y regulada a nivel europeo, estableciéndose normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.

Pero la implantación de las «nuevas técnicas electrónicas de compra» –en el lenguaje de las directivas de 2004– no quiso imponerse por el legislador comunitario, de forma que la Directiva 2004/18 dejaba a la discrecionalidad de los países la incorporación o no de distintos procedimientos y trámites²⁶, lo que se ha traducido en la práctica en un muy

26. De una forma criticable y poco coherente con su pretendido impulso de la contratación electrónica, la Directiva 2004/18 no quiso imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejó a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse

reducido uso por parte de las Administraciones nacionales de estos medios electrónicos en la contratación pública²⁷.

La realidad es que el grado de utilización efectiva de la contratación electrónica es escaso y el fracaso de estas medidas ha sido evidente. La evaluación de la Comisión señala que menos del 5% del presupuesto total destinado a la contratación en los Estados miembros pioneros en la aplicación de este sistema se adjudica a través de medios electrónicos²⁸.

VI. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS: LAS NUEVAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, LOS CONTRATOS EN LOS SECTORES ESPECIALES Y LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN

1. ANTECEDENTES. LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 Y EL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM 2010, 2020), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para alcanzar estos objetivos, mejorando el entorno empresarial y las condiciones para que las empresas innoven y fomentando un uso más generalizado de la contratación ecológica que favorezca una economía con pocas emisiones de carbono y que haga un uso más eficaz de los recursos.

Al mismo tiempo, la Estrategia Europa 2020 hace hincapié en que la política de contrataciones públicas debe garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos y en que los mercados públicos deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la Unión.

en los términos definidos y regulados por la Directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: «Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva».

27. Véase por lo que se refiere al caso español, RÁZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., «La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los Entes locales», *RAP*, 186 (2011), p. 57.

28. Libro Verde de la Comisión sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214).

En su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», la Comisión Europea incluyó entre las doce medidas prioritarias clave que debían adoptar las instituciones de la UE antes del final de 2012, la revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos y para que los contratos públicos puedan servir mejor como apoyo de otras políticas.

La Comisión publicó el 27 de enero de 2011 un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE²⁹ con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas.

La consulta abierta al sector público y privado finalizó el 18 de abril de 2011, y la Comisión recibió 623 respuestas, procedentes de autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos de ámbito local y regional, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca.

Los resultados de la consulta se resumieron en un documento de síntesis³⁰, que reflejó una mayoría de propuestas que defendieron la necesidad de simplificar los procedimientos y hacerlos más flexibles, a través de menores cargas administrativas relacionadas con la elección del licitador y permitiendo un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación.

Sin embargo, hubo mucha mayor diversidad de opiniones en cuanto al uso estratégico de la contratación pública para lograr los objetivos sociales de la Estrategia Europa 2020. Muchas de las partes interesadas, en especial las empresas, manifestaron una reticencia general ante la idea de utilizar la contratación pública en apoyo de otros objetivos políticos. Otras partes, en concreto las organizaciones de la sociedad civil, se pronunciaron con fuerza a favor de ese uso estratégico.

29. «Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011), 15 final, de 27 de enero de 2011.

30. Véase http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (fecha de consulta 24 de marzo de 2013).

2. OBJETIVOS DE LAS NUEVAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS

El citado Libro Verde y las respuestas al mismo nos sitúan ya en la pista de los principales aspectos que van a abordar las nuevas Propuestas de Directivas relativas a la contratación pública [COM (2011) 896 final], a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM (2011) 895 final] y a la adjudicación de contratos de concesión [COM (2011) 897 final], que pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública.

Las propuestas de directivas relativas a la contratación pública y a los contratos en los conocidos como sectores especiales tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Las propuestas plantean la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico³¹. Unos procedimientos más racionales y eficientes incrementarían la flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiarían a todos los operadores económicos y facilitarían la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación.

Por lo que se refiere a la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tiene como objetivo reducir la inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de concesión en beneficio de las autoridades públicas y los operadores económicos³². La legisla-

31. Véase el apartado 2 de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública y el apartado 4 de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva relativa a los contratos públicos en los sectores especiales.

32. LAZO VITORIA, X., «Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 126 (2013).

ción de la UE no restringe la libertad de los poderes y entidades adjudicadores a la hora de desempeñar los cometidos de interés público que son de su competencia merced a sus propios recursos, pero si deciden recurrir a una entidad externa para desempeñar tales cometidos, es necesario dar a todos los operadores económicos de la UE un acceso efectivo al mercado.

En el contexto de graves limitaciones presupuestarias y dificultades económicas que existe en numerosos Estados miembros de la UE, preocupa a las instituciones comunitarias especialmente la asignación eficiente de los fondos públicos. Un marco legislativo adecuado en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión estimularía la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio.

La Comisión destacó el potencial que tendría una iniciativa legislativa relativa a los contratos de concesión para crear un marco de la UE de apoyo a la colaboración público-privada en su Comunicación de 2009 «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada» [COM(2009) 615 final].

3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. Base jurídica y decisiva influencia del Acuerdo sobre Contratación Pública

La Propuesta de Directiva sobre contratación pública se basa en el artículo 53, apartado 1, el artículo 62 y el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que impide el uso de un reglamento para la adopción de estas disposiciones que se aplican a la contratación tanto de bienes como de servicios.

En relación con el principio de subsidiariedad, se justifica por la propuesta en la medida en que la misma no es competencia exclusiva de la UE. La coordinación de los procedimientos de contratación pública que rebasan determinados umbrales ha demostrado ser un instrumento importante para la realización del mercado interior en el ámbito de las adquisiciones públicas al asegurar un acceso efectivo y en igualdad de condiciones a los contratos públicos para los operadores económicos en todo el mercado único. La experiencia de la aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE y las generaciones anteriores de Directivas

sobre contratación pública ha mostrado que disponer de unos procedimientos de contratación a escala europea aporta a esta actividad una transparencia y una objetividad que reportan ahorros considerables y una mejora de los resultados de la contratación que benefician a las autoridades de los Estados miembros y, en definitiva, al contribuyente europeo.

En este punto ha sido clave la labor desarrollada por el TJUE, que en sus numerosas sentencias condenatorias de los distintos Estados europeos en recursos interpuestos por la Comisión, ha puesto de manifiesto que este objetivo no podría alcanzarse suficientemente mediante la actuación de los Estados miembros, cuyas consecuencias inevitables serían requisitos divergentes y posibles conflictos entre los regímenes procedimentales, lo que incrementaría la complejidad normativa y causaría obstáculos injustificados a las actividades transfronterizas.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, la propuesta justifica que no excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante un conjunto de procedimientos de contratación coordinados a escala europea.

No es de la misma opinión el Comité de las Regiones, que entiende que teniendo en cuenta el volumen extremadamente limitado de las contrataciones públicas transfronterizas, así como las cargas administrativas ocasionadas por la normativa a los poderes adjudicadores y los proveedores, tiene poco sentido mantener los umbrales de las directivas en los niveles actuales, como hace la propuesta, y sostiene que la propuesta contraviene el derecho de los Estados miembros a organizar su propia administración y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad³³.

En la elaboración de la nueva directiva sobre contratación ha desarrollado un papel muy relevante el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio³⁴, que se encuentra en

33. Dictamen del Comité de las Regiones sobre el paquete normativo en materia de contratación pública, publicado en el DOUE del 18 de diciembre de 2012 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:391:0049:0083:ES:PDF>).

34. El ACP que está actualmente en vigor se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1º de enero de 1996.

Son partes en el ACP Armenia, Canadá, la Unión Europea en relación con sus 27 Estados miembros, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Corea, Liechtenstein, los Países Bajos en relación con Aruba, Noruega, Singapur, Suiza, Taipei Chino (Taiwán) y los Estados Unidos.

Mediante la Decisión 94/800/CEE, el Consejo aprobó el ACP. Desde entonces parte

proceso de revisión y cuyo nuevo texto consensuado a finales de 2011 constituye la base para la directiva europea³⁵.

El proceso para la revisión del ACP ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012³⁶.

3.2. Relevancia de los principios generales de la contratación en la Propuesta, en la jurisprudencia del TJUE y en el ACP

El primer considerando de la Propuesta de Directiva resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por «el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia» y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Propuesta (considerandos 7, 11, 14, 15, 18, 23, 37, 47 y 56).

del ordenamiento jurídico comunitario europeo y obliga tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros.

35. Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM(2013) 143 final, de 22 de marzo de 2013]; la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a las Decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM(2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013] y el Anexo a la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité de Contratación Pública por lo que respecta a las decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM(2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013].

36. Véase la página oficial de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm, fecha de consulta 20 de abril de 2013.

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., «Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations», *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

A través de una lúcida doctrina, el TJUE ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública³⁷ –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y ss. TRLCSP)³⁸–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH).

La Propuesta recoge, por tanto, esta jurisprudencia en el frontispicio de la misma y advierte que se aplica para los contratos públicos que se sitúen tanto por debajo como por encima de los umbrales, sin perjuicio de que para estos últimos la propia norma europea coordine los procedimientos de adquisición nacionales con el fin de que esos principios se lleve a la práctica.

En esta misma línea, hay que recordar la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pú-

37. El artículo 4 de la Propuesta de Directiva fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos. La directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

- a) 5.000.000 EUR, en los contratos públicos de obras;
- b) 130.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;
- c) 200.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos;
- d) 500.000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI.

38. MORENO MOLINA, J. A., «Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *Revista de Administración Pública*, nº 178 (2009), pp. 175 a 213.

blica³⁹, cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

El Título I de la Propuesta se intitula «Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales» y dedica su artículo 15 a los «Principios de la contratación» para establecer que «los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia».

Al regular la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos, el artículo 54 de la Propuesta reitera que la adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 66 a 69, siempre que se cumpla, junto a otras condiciones que establece el propio precepto, «que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con los artículos 21 y 55 y que cumpla los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador de conformidad con el artículo 56 y, cuando proceda, las normas y los criterios no discriminatorios contemplados en el artículo 64».

En relación con la adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI, a los que el Título III somete a un régimen de contratación particular, con un umbral más elevado de 500.000 euros, el artículo 76.1 de la Propuesta de Directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor las normas nacionales para la adjudicación de los contratos «con el fin de garantizar las autoridades contratantes cumplir con los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos».

Al principio de confidencialidad dedica la propuesta el artículo 18, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así en primer lugar que salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará

39. Diario Oficial n° C 179 de 1 agosto 2006.

la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Por su parte, el apartado 2 prevé que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

El artículo 23 de la propuesta contempla específicamente las condiciones relativas al ACP y los demás acuerdos internacionales por los que está obligada la Unión, enumerados en el anexo V de la directiva. A tal efecto garantiza el respeto del principio de trato nacional: «los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.

El ACP recoge la obligación de respeto del principio de igualdad y no discriminación en su artículo 12, apartado h).

3.3. Precisiones en relación con el ámbito subjetivo

El artículo 2 de la Propuesta, en sus importantes definiciones, comienza por fijar el ámbito subjetivo de la norma al precisar en su apartado 1 lo que entiende a los efectos de la misma por poderes adjudicadores, autoridades gubernamentales centrales, poderes adjudicadores subcentrales, autoridades regionales, autoridades locales y organismo de Derecho público.

La novedosa definición de las autoridades estatales, regionales y locales, que no recogía su antecedente (el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18 sólo daba una noción de «organismo de Derecho público»), obedece a que la propuesta establece un régimen específico de contratación para los poderes adjudicadores subcentrales. De conformidad con el ACP⁴⁰, se simplifican las reglas procedimentales para to-

40. El Acuerdo se basa en un enfoque de lista positiva (es decir, lista de inclusiones) para determinar su ámbito de aplicación. En el Apéndice I del Acuerdo, que se divide en cinco anexos se enumeran las entidades de cada país. En el Anexo I figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2 las de los gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3 todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquellas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo, en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios si: (i) el valor de la compra sobrepasa un umbral determinado; y (ii) si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del Acuerdo.

dos los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central, como las autoridades locales y regionales. Estas Administraciones podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación, en cuyo caso no tendrán que publicar un anuncio de licitación aparte antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, podrán fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los licitadores.

En cuanto a la definición de organismo de Derecho público, se sigue basando en los tres requisitos que tradicionalmente han exigido las directivas sobre contratos: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión.

La jurisprudencia del TJUE ha precisado la necesidad de que estos requisitos, que reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, concurren de forma acumulativa (sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión contra Francia, asunto C-237/99).

En la concreción de estos requisitos, la propuesta de directiva introduce su principal novedad en el primero de ellos al aclarar que el organismo debe haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que a tal efecto «un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil».

Se incorpora así la jurisprudencia comunitaria al respecto. En la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00, Comisión contra España), el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea declaró que en lo que se refiere al concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate⁴¹. Además, según

41. Sobre la sentencia véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 120 (octubre-diciembre 2003), páginas 667-677.

reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido de las directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias *Adolf Truley*, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias *Adolf Truley*, apartado 66, y *Korhonen y otros*, apartados 48 y 59). En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia *Korhonen y otros*, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

3.4. Las relaciones entre poder adjudicadores: contratos «in house» y convenios de colaboración

El artículo 11 de la Propuesta, intitulado «Relaciones entre poderes públicos», regula los requisitos, traídos de la jurisprudencia comunitaria, tanto en relación con los *contratos in house* como con los convenios de colaboración.

Se pretende aportar mayor seguridad jurídica en dos temas muy polémicos, en los que la jurisprudencia del TJUE ha sido objeto de interpretaciones divergentes por los distintos Estados miembros e incluso los distintos poderes adjudicadores⁴². La propuesta aclara, de acuerdo con

42. Véase BERNAL BLAY, M. A., «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 137 (2008) y «La problemática relativa a los contratos excluidos de la aplicación de la ley. Los denominados contratos in house»,

la doctrina jurisprudencial europea, en qué casos los contratos celebrados entre los poderes adjudicadores no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Los contratos adjudicados a entidades controladas o la cooperación para la ejecución conjunta de las tareas de servicio público de los poderes adjudicadores participantes sólo podrán quedar exentas si se cumplen las condiciones establecidas en la directiva. La Propuesta de Directiva pretende asegurar que la cooperación entre entidades públicas exenta de la aplicación de la legislación sobre contratos públicos no falsee la competencia con respecto a los operadores económicos privados. De igual modo, tampoco debe causar ningún falseamiento de la competencia la participación de un poder adjudicador como licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁴³, la normativa de la UE no restringe la libertad de los poderes adjudicadores para realizar las tareas de interés público que les corresponden con sus propios recursos administrativos técnicos y de otro tipo, no estando obligados a recurrir a entidades externas que no formen parte de su propia estructura. Si un poder adjudicador desempeña una tarea pública mediante sus propios recursos, de tal forma que no se celebra contrato alguno a título oneroso, puesto que dispone de todos los recursos necesarios para tal desempeño dentro de su propia organización, la normativa sobre contratación pública de la UE no es aplicable.

El desempeño de tareas públicas mediante recursos propios puede tener lugar también en cooperación con otros poderes adjudicadores. Si ello no comporta retribución o derechos y obligaciones recíprocos, no existe prestación de servicio público en el sentido de lo establecido en la normativa europea sobre contratación pública de la UE.

Si los poderes adjudicadores celebran entre sí contratos a título oneroso, hay que tener en cuenta que la regla general es que las directivas sobre contratos públicos se aplicarían. Pero, conforme a la jurisprudencia del TJUE, si los poderes adjudicadores cooperan a fin de velar conjuntamente por la ejecución de tareas de interés público, ello puede conllevar la adjudicación de contratos sin que se genere la obligación de

en MORENO MOLINA, J. A. (dir.): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

43. Asunto C-26/03, *Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, apartado 48, Rec. 2005, p. I-00001 .

aplicar la normativa sobre contratación pública de la UE. Esta cooperación puede consistir en supervisar conjuntamente una tercera entidad a la que se encomiende la ejecución de la tarea (cooperación vertical/institucionalizada). Tal cooperación puede también tener lugar sin crear una entidad nueva o designar una entidad específicamente para ello (cooperación horizontal/no institucionalizada)⁴⁴.

En relación con la cooperación vertical, resulta aplicable la importante doctrina elaborada por el TJUE en relación con los denominados contratos «in house providing», recogida en el TRLCSP en sus artículos 4.1.n) y 24.6, por medio de los cuales se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique la legislación contractual.

Los contratos «in house» son la excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Como declaró el TJUE en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*⁴⁵, para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, «sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece».

No se aplicará pues lo dispuesto en el Derecho comunitario y nacional de la contratación pública en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece⁴⁶.

En posteriores sentencias, el Tribunal extendió estas reglas a la cooperación entre entidades públicas, al establecer que los dos criterios fijados en la sentencia *Teckal* pueden reunirlos varios poderes adjudicadores de forma conjunta⁴⁷.

44. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)», SEC(2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011, p. 6.

45. Asunto C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 49 a 51.

46. Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*.

47. Asuntos C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-*

El artículo 11 de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública va a precisar ahora que la parte esencial de la actividad supone al menos el 90% de las actividades de esa persona jurídica y añade un tercer requisito para impedir cualquier tipo de participación privada en la entidad controlada⁴⁸. Señala así el precepto que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que al menos el 90 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;
- c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

También quedará fuera de la directiva el supuesto en que una entidad controlada que sea poder adjudicador adjudique un contrato a su controladora, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación privada en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato público.

El apartado 3 del artículo 11 de la propuesta prevé que un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica un «control análogo», podrá, no obstante, adjudicar un contrato público sin aplicar la directiva a una persona jurídica que controle conjuntamente con otros poderes adjudicadores, si se cumplen las mismas tres condiciones seña-

Capitale, Rec-2008, p. I-08457 y C-573/07, Sea Srl/Comune di Ponte Nossa, Rec. 2009, p. I-08127.

48. Ambas cuestiones son abordadas por el asunto C-340/04, Carbotermo SpA y Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA, Rec-2006, I-04137, en el que el TJUE consideró que el criterio referido a «lo esencial de su actividad» se cumple solo si las actividades de la entidad interna se destinan principalmente al poder adjudicador (el resto de su actividad ha de tener un carácter meramente marginal) y que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

ladas anteriormente (control análogo, 90 % de las actividades de esa persona jurídica llevadas a cabo para los poderes adjudicadores que la controlan y que no exista participación privada en la persona jurídica controlada).

Pero en este punto, para considerar que los poderes adjudicadores ejercen conjuntamente un control sobre una persona jurídica, se exige el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes;

b) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada;

c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses distintos de los de los poderes públicos que influyen en ella;

d) que la persona jurídica controlada no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores.

En cuanto a la cooperación horizontal, de la jurisprudencia del TJUE se deriva que no se le aplicaría el Derecho de la Unión sobre contratos públicos cuando la cooperación entre entidades públicas tiene por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas (véase, en este sentido, la sentencia «Hamburgo», de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania⁴⁹). En esta hipótesis, no se aplicarán las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos siempre que, además, tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público⁵⁰.

Por lo que se refiere a los convenios entre poderes adjudicadores, el apartado 4 de la propuesta establece las siguientes condiciones, que deben concurrir conjuntamente, para entender que un acuerdo se considerará contrato público: «a) que el acuerdo establezca una cooperación

49. Asunto C-480/06, Rec. p. I-4747, apartado 37.

50. Sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartados 44 y 47; así como la STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11.

genuina entre los poderes adjudicadores participantes para el desempeño conjunto de sus tareas de servicio público e implique derechos y obligaciones mutuos de las partes; b) que el acuerdo se rija únicamente por consideraciones de interés público; c) que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más del 10 %, en términos de volumen de negocios, de las actividades pertinentes en el contexto del acuerdo; d) que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto los correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros; e) que no exista participación privada en ninguno de los poderes adjudicadores participantes.

La última previsión del artículo 11 de la propuesta, recogida en su apartado 5, aclara el momento en que debe comprobarse la inexistencia de participación privada a los efectos tanto de la cooperación vertical como horizontal. Opta así por hacer referencia al momento de la adjudicación del contrato o de la celebración del acuerdo, en la línea de la jurisprudencia europea⁵¹. La exclusión de la normativa de contratación pública dejará de aplicarse a partir del momento en que se efectúe cualquier participación privada, con la consecuencia de que deberá convocarse una licitación para la adjudicación de los contratos vigentes a través de los procedimientos de contratación normales.

3.5. La nueva regulación de los contratos de servicios y la supresión de la diferenciación entre los servicios prioritarios y no prioritarios

Una de las principales novedades en la regulación de los tipos contractuales en la Propuesta de Directiva es la desaparición de la distinción entre los servicios prioritarios y no prioritarios (Anexo II, A y B de la Directiva 2004/18).

La nueva definición del contrato de servicios utiliza unos términos de gran generalidad, en la misma línea de la normativa anterior: «los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios que no sean los mencionados en el punto 8» (apartado 11 del artículo 2)⁵².

51. Asunto C-26/03, Stadt Halle, apartados 15 y 52.

52. El apartado 8 del artículo 2 define los contratos públicos de obras como aquellos contratos públicos «cuyo objeto sea uno de los siguientes:
a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II;
b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra;
c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos especificados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra».

En efecto, hay que recordar que el vigente artículo 1.2.d) de la Directiva 2004/18 dispone que: «Son «contratos públicos de servicios» los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II».

La categoría del contrato de servicios, que ya se había ampliado sustancialmente con la Directiva 2004/18 y el artículo 10 TRLCSP, al pasar a ser la categoría residual, se amplía todavía más. Y los administrativos especiales, reducidos también notablemente con el TRLCSP, con la próxima reforma desaparecen prácticamente salvo en los casos expresamente contemplados como tales (p. e. 24.4 TRLCSP).

La nueva Propuesta de Directiva no remite a ningún anexo para identificar cuáles son los servicios incluidos en el ámbito de la misma, salvo al anexo XVI, referido a los servicios contemplados en el artículo 74 (servicios sociales y otros servicios específicos).

Respecto a los denominados por el considerando 11 de la Propuesta de Directiva «servicios a la persona», como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, se reconoce, por su propia naturaleza, su dimensión transfronteriza limitada. Estos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales.

Por ello, la norma prevé un régimen específico para los contratos públicos relativos a estos servicios, con un umbral más elevado, de 500.000 euros (letra d) del artículo 4), frente a los 130.000 euros, para los contratos públicos de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los 200.000 euros, para los contratos de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales.

Entiende la propuesta que los servicios a la persona de valor inferior a este umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a la persona cuyo valor esté situado por encima de 500.000 euros se sujetan a normas de transparencia en toda la Unión. Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter sensible de estos servicios, la directiva ofrece a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Los preceptos de la Propuesta de Directiva tienen en

cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales del Comité de Protección Social de la Unión Europea⁵³.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por ellos mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

3.6. Integridad de los procedimientos de contratación pública

La Propuesta de Directiva plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales⁵⁴, para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre competencia.

Se regulan así los denominados conflictos de intereses en el artículo 21, las conductas ilícitas en el artículo 22, los impedimentos a la adjudicación en el artículo 68, las ofertas anormalmente bajas en el artículo 69 y las analizadas en otras partes de este mismo trabajo consultas preliminares del mercado (artículo 39) y las modificaciones de los contratos durante su vigencia (artículo 72).

La importancia económica, política y social de la contratación pública, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

53. SPC/2010/10/8 final, de 6 de octubre de 2010.

54. Véase GIMENO FELIÚ, J. M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 147 (2010), pp. 517-535 y MEDINA ARNAIZ, T., «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, n° 7382 (2010), pp. 1 a 20.

La propuesta prevé en primer lugar medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores⁵⁵.

En el artículo 21 de la propuesta se entiende por «intereses particulares» en un contrato público los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales.

También se establecen medidas en la propuesta contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia.

El artículo 68 de la propuesta recoge los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. Las condiciones previstas en este sentido por la directiva son que el licitador no sea capaz de aportar los certificados y documentos exigidos de conformidad con los artículos 59, 60 y 61; que la declaración presentada por el licitador de conformidad con el artículo 22 sea falsa; y que la declaración presentada por el licitador de conformidad con el artículo 21, apartado 3, letra b), sea falsa.

En la regulación de las ofertas anormalmente bajas, la propuesta recoge también garantías para hacer más transparentes los procedimientos de contratación e impedir prácticas fraudulentas. Se profundiza así en la exigencia por parte de los poderes adjudicadores respecto a los operadores económicos para que expliquen el precio o los costes facturados, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

55. Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre «la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, p. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 505 y 506.

a) que el precio o el coste facturado sea inferior en más del 50 % a la media de los precios o costes de las restantes ofertas;

b) que el precio o el coste facturado sea inferior en más de un 20 % al precio o los costes de la segunda oferta más baja;

c) que se hayan presentado al menos cinco ofertas.

El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 3 del artículo 69 de la propuesta.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental enumeradas en el anexo XI de la propuesta.

Por otra parte, también al establecer medidas de gobernanza en los contratos públicos, la propuesta obliga a los Estados miembros a establecer estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados al organismo de supervisión, que podrá así examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas, y de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos.

3.7. Procedimientos de adjudicación de los contratos. Las novedosas consultas preliminares de mercado

La evaluación de impacto de las medidas a adoptar en la reforma de las directivas sobre contratos públicos realizada por la Comisión puso de manifiesto que el carácter desproporcionado de los procedimientos genera costes excesivos. Un procedimiento normal cuesta cerca de 28.000 euros (por término medio, 5.500 euros para la entidad o poder adjudicador y 3.800 euros por empresa licitadora). En el umbral más bajo de las directivas, aplicable a los contratos de suministros y servicios (125.000 euros), estos costes representan entre el 18 y el 29 % del valor del contrato. Otro dato importante son las significativas variaciones observadas en los resultados de los Estados miembros (por ejemplo, la

diferencia en el tiempo que se requiere desde la fecha de envío del anuncio de contrato hasta la adjudicación puede llegar a los 180 días)⁵⁶.

La propuesta contempla que los poderes adjudicadores puedan utilizar como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido.

Novedad en los procedimientos son las denominadas asociaciones para la innovación, en las que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a un anuncio de licitación con vistas a establecer una asociación estructurada para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y los costes acordados⁵⁷.

Como procedimientos de utilización limitada, sólo si concurren las causas tasadas que fija la propuesta, se regulan el procedimiento de licitación con negociación, con o sin publicidad previa, y el diálogo competitivo.

Una novedad destacada de la propuesta, contemplada en su artículo 39, consiste en que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado a fin de evaluar su estructura y su capacidad e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de estructuras de apoyo administrativo o de terceras partes o participantes en el mercado, siempre que dicho asesoramiento no impida la competencia y no dé lugar a infracciones de los principios de no discriminación y transparencia.

La propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al

56. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, p. 4).

57. El valor del contrato será el valor máximo estimado, excluido el IVA, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación; y el contrato se adjudicará de conformidad con las normas aplicables a los procedimientos de licitación con negociación.

poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.

Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, «el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia» (apartado 2 del artículo 39).

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de cualquier información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

3.8. La posibilidad de un mayor recurso a la negociación

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, planteó como uno de las cuestiones necesitadas de revisión a escala europea la posibilidad de introducir un mayor flexibilidad en los procedimientos de contratación, permitiendo a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La propuesta tuvo una excelente acogida en la consulta pública abierta por el Libro Verde, de forma que una clara mayoría de los grupos de partes interesadas apoyó la idea de permitir un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación⁵⁸. La negociación podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

La utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en el anuncio de licitación.

Pero esta opción debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. Las

58. Véase el documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (fecha de consulta 19 de abril de 2013).

posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas.

El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

Para proteger a los licitadores contra prácticas abusivas o discriminatorias y garantizar además el derecho a una buena administración, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación⁵⁹. En este sentido, podría ser útil tomar como referencia el modelo de las subastas electrónicas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarios para negociar un buen acuerdo con los proveedores.

La Directiva 2004/18/CE contemplaba al procedimiento negociado como de utilización rigurosamente excepcional, que se permite sólo en los tasados supuestos establecidos por la propia norma.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta⁶⁰. Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al

59. Véanse las Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final], presentadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «*Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva*» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu.

60. Sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C 57/94, Rec. p. I 1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C 318/94, Rec. p. I 1949, apartado 13.

procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

La Directiva 2004/17/CE preveía una mayor flexibilidad, al permitir a las empresas de servicio público elegir libremente adjudicar sus contratos mediante procedimiento negociado.

Pues bien, el considerando 15 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública⁶¹, reconoce que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que prevé el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

Sin embargo, este procedimiento debe estar acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Esto dará a los poderes adjudicadores mayor margen para adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Al mismo tiempo, debería incrementar también el comercio transfronterizo, ya que la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas.

En este sentido, el artículo 24 de la Propuesta de Directiva, al establecer los cinco tipos de procedimientos de contratación competitivos a disposición de los Estados miembros y las autoridades contratantes, fija

61. SEC(2011) 1585.

como regla general la utilización de los procedimientos abiertos o restringidos.

Pero también prevé las asociaciones para la innovación, el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo.

En concreto, serán causas que permitan acudir al procedimiento negociado o al diálogo competitivo:

a) con respecto a las obras, cuando el objeto del contrato de obras sea el proyecto y la ejecución de obras, o cuando sean precisas negociaciones para establecer el carácter jurídico o financiero del proyecto;

b) con respecto a los contratos públicos de obras, cuando las obras se ejecuten exclusivamente con fines de investigación o innovación, ensayo o desarrollo, y no con el fin de obtener una rentabilidad o de recuperar los costes de la investigación y el desarrollo;

c) con respecto a los servicios o los suministros, cuando las especificaciones técnicas no puedan establecerse con suficiente precisión por referencia a ninguna de las normas, los documentos de idoneidad técnica europeos, las especificaciones técnicas comunes u otras referencias técnicas;

d) cuando se reciban ofertas irregulares o inaceptables, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido;

e) cuando, debido a circunstancias específicas ligadas a la naturaleza o la complejidad de las obras, los suministros o los servicios o a los riesgos que conlleven, el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas.

Pero es el artículo 27 el que regula las distintas fases del procedimiento de licitación con negociación, en el que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información solicitada para la selección cualitativa.

En el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, los poderes adjudicadores describirán la contratación y los requisitos mínimos que habrán de cumplirse y especificarán los criterios de adjudicación, para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en las negociaciones. Los poderes adjudicadores indicarán en las especificaciones técnicas qué partes de estas definen los requisitos mínimos.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participa-

ción será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés; el plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación.

Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información solicitada podrán presentar una oferta por escrito, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos adecuados a los que invitar a participar en el procedimiento.

Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación.

Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

Los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

Los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en etapas sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en la documentación de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a recurrir a esta opción.

3.9. La apuesta, ahora si decidida, por la contratación electrónica

Frente a la debilidad de la Directiva 2004/18 en la implantación de medios electrónicos en la contratación pública, la nueva Propuesta de Directiva obliga a los Estados a utilizar estos medios en el plazo de 30 meses desde la entrada en vigor de la misma.

Dispone en este sentido el artículo 19.1 de la propuesta que los

Estados miembros velarán por que todos los procedimientos de contratación con arreglo a la directiva se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

De esta forma, cuando el artículo 92 de la propuesta fija el plazo de adaptación de la legislación de los Estados miembros a las normas de la nueva directiva, establece un plazo máximo de 24 meses, que no obstante permite ampliar hasta los 54 meses para las comunicaciones electrónicas entre licitadores y poderes adjudicadores.

Ahora bien, el uso de medios electrónicos será obligatorio en el plazo general de 24 meses de entrada en vigor de la directiva en relación con lo establecido en los artículos 32 (referido a los sistemas dinámicos de adquisición), 33 (subastas electrónicas), 34 (catálogos electrónicos), 35.4 (comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras⁶²), 49 (envíos de los anuncios a la Comisión) y 51 (disponibilidad electrónica de la documentación de la contratación).

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal es el primer país de los 27 miembros de la Unión Europea que apostó por la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-ley n° 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP)⁶³, con un horizonte temporal

62. No obstante, la aplicación del artículo 19.1 para centrales de compras con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.4 puede ser postergado por los Estados miembros hasta 36 meses después de la entrada en vigor de la Directiva.

63. El CCP tiene una intención codificadora y ha venido a agrupar en un único texto legal todas las disposiciones relativas a las fases preparatorias y ejecutorias de los contratos públicos que anteriormente se encontraban dispersas en diversas normas. De esta forma, el CCP traspone tanto la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, como la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), corrigiendo la limitada e incompleta trasposición de las citadas directivas comunitarias realizada por las normas anteriores, que dio lugar a las Sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la República portuguesa de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Portugal, Asunto C-284/07, y de 3 de abril de 2008, Comisión/Portugal, Asunto C-289/07.

Junto al CCP, como legislación vigente en Portugal en la materia hay que destacar el Decreto-Ley n° 143-A/2008, que establece los términos a que debe obedecer la presentación y recepción de propuestas y candidaturas en el ámbito del CCP; el

de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autoridades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-ley nº 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

La Comisión Europea publicó el el anteriormente citado Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica para impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE.

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia (la contratación electrónica puede mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas); ventajas en relación con los procedimientos concretos (frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación (en los casos en que existan centrales de compras, el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión); y potencial de cara a la integración de los merca-

Decreto-Ley nº 34/2009 establece medidas excepcionales de contratación pública destinadas a la rápida ejecución de los proyectos de inversión pública considerados prioritarios; el Decreto-Ley nº 200/2008, que aprueba el régimen jurídico aplicable a la constitución, estructura orgánica y funcionamiento de las centrales de compras; el Reglamento nº 330/2009, del Sistema Nacional de Compras Públicas; la Resolución de la Asamblea de la República nº 17/2010, sobre transparencia en los contratos públicos; la Ley nº 3/2010 sobre medidas relativas a los retrasos en el pago a los contratistas, y el Decreto-Ley nº 88/2009, que establece el régimen jurídico de los documentos electrónicos y de la firma digital.

dos de contratación en la UE (en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados).

No cabe duda de que la contratación electrónica puede ayudar a obtener los insumos necesarios para los servicios públicos en unas condiciones ventajosas para el contribuyente en términos económicos. Las economías logradas de este modo son particularmente valiosas en el contexto actual, en el que se está ejerciendo una presión para la contención del gasto público.

Ahora bien, dichas ventajas tiene un coste. El logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro. Los costes de mantenimiento varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema. La experiencia ha demostrado que dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas.

El mercado único europeo de contratación pública electrónica se enfrenta pues a obstáculos importantes, entre ellos también la falta de interoperabilidad transfronteriza y la complejidad de la interfaz.

Frente a ello, recientemente se ha publicado el Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica⁶⁴, un estudio que

64. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procure-

analiza en profundidad diversas plataformas electrónicas utilizadas para la contratación pública en la UE. En el informe se presentan no solo las buenas prácticas en el ámbito de la contratación pública electrónica, sino también las prácticas que se deben evitar.

También debe ser destacada la iniciativa de la Comisión de creación del Grupo de Expertos de licitación electrónica (eTEG), que presentará recomendaciones a los órganos de contratación, los políticos o los desarrolladores de software para simplificar la forma en que se llevó a cabo la contratación electrónica, en particular para las PYME y los proveedores transfronterizos⁶⁵.

3.10. Técnicas para la contratación agregada y electrónica. El impulso de la contratación conjunta

La propuesta quiere reforzar las técnicas que permiten la contratación agregada, a las que agrupan con las técnicas y herramientas para la contratación electrónica. Aunque los objetivos y regulación de unas y otras son diferentes, la propuesta los une porque en todos ellos prevé la utilización de medios electrónicos.

En efecto, el capítulo II del título II de la Propuesta lleva por rúbrica «Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada» y regula seis figuras específicas: los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, las centrales de compras y la contratación conjunta.

Hay que recordar que la Directiva 2004/18 regulaba los acuerdos marco y los sistemas dinámicos dentro de los procedimientos de adjudicación de los contratos y las subastas junto a los criterios de adjudicación. Por su parte, el TRLCSP recoge en el título II del libro III, entre los sistemas para la «racionalización técnica de la contratación» los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de contratación y las centrales de contratación (arts. 194 a 207)⁶⁶.

La principal novedad frente a la Directiva 2004/18/CE es el desarrollo normativo de la contratación conjunta entre poderes adjudicado-

ment/golden-book/catalogue_en.htm (versión en inglés), fecha de consulta 21 de abril de 2013.

65. Véase al respecto la web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/> (fecha de consulta 20 de abril de 2013) y la de la Unión Europea, <http://ec.europa.eu> (fecha de consulta 20 de abril de 2013).

66. Véase GARCÍA JIMÉNEZ, A., «Los sistemas para la racionalización técnica de la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 117 (2012).

res. Además, se ha mejorado y aclarado la regulación de los acuerdos marco y las centrales de compra y se desarrolla «in extenso» la figura de los catálogos electrónicos.

Las ventajas de la utilización de estas técnicas y herramientas va más allá de los importantes beneficios para los poderes adjudicadores y licitadores de apostar por los medios electrónicos, ya que permiten la agregación de la demanda por los compradores públicos, con el fin de obtener economías de escala, así como la reducción de los precios y de los costes de transacción. Un último aspecto destacable es la profesionalización de la gestión de la contratación.

La propuesta distingue entre la contratación conjunta esporádica y la contratación conjunta entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Respecto a la primera, permite que uno o varios poderes adjudicadores pueden acordar la realización conjunta de determinadas contrataciones específicas. Pese a las similitudes de la figura con la de las centrales de compra, su funcionalidad es distinta ya que permite a los poderes adjudicadores licitar de forma ocasional y separada en el tiempo un contrato específico de forma conjunta, pudiendo así obtener mejores ofertas por ser más atractivo el contrato que si se licitara por separado.

Cuando un solo poder adjudicador dirija los procedimientos de contratación de que se trate en todas sus fases, desde que se publique la convocatoria de licitación hasta que finalice la ejecución del contrato o los contratos subsiguientes, ese poder adjudicador será el único responsable del cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Directiva.

Sin embargo, cuando los procedimientos de contratación y la ejecución de los contratos subsiguientes sean dirigidos por varios de los poderes adjudicadores participantes, cada uno de ellos será responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva en relación con las etapas de las que se ocupe.

Por lo que se refiere a la contratación conjunta entre poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros, el artículo 38 de la propuesta prevé que varios poderes adjudicadores podrán adquirir obras, suministros o servicios de o por medio de una central de compras situada en otro Estado miembro. En tal caso, el procedimiento de contratación se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que se encuentre la central de compras.

Otra posibilidad es que varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros adjudiquen conjuntamente un contrato público. En tal caso, los poderes adjudicadores participantes celebrarán un acuerdo en el que se determinen:

a) las disposiciones nacionales que se aplicarán al procedimiento de contratación⁶⁷;

b) la organización interna del procedimiento de contratación, en particular la gestión del procedimiento, el reparto de responsabilidades, la distribución de las obras, los suministros o los servicios que se vayan a adquirir y la celebración de los contratos.

Si varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros optaran por constituir una entidad jurídica común, en particular una agrupación europea de cooperación territorial en virtud del Reglamento (CE) n° 1082/2006 del Parlamento

Europeo y del Consejo, u otras entidades reguladas por el Derecho de la Unión, los poderes adjudicadores participantes acordarán, mediante una decisión del órgano competente de la entidad jurídica común, las normas nacionales de contratación aplicables de uno de los siguientes Estados miembros:

a) las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común tenga su domicilio social;

b) las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común lleve a cabo sus actividades.

Este acuerdo podrá aplicarse durante un período indeterminado, cuando esté incorporado en el acta constitutiva de la entidad jurídica común, o bien limitarse a un período determinado, a determinados tipos de contratos o a uno o varios procedimientos de adjudicación específicos.

La propuesta prevé una serie de reglas para determinar la legislación nacional que habrá de regir la licitación en el supuesto de que no se llegue a un acuerdo para determinar la legislación sobre contratación pública aplicable.

Uno o más poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos individuales en virtud de un acuerdo marco celebrado por un poder adjudi-

67. Los poderes adjudicadores podrán elegir, como legislación nacional aplicable, las disposiciones de cualquier Estado miembro en el que esté establecido al menos uno de los poderes adjudicadores participantes.

cador situado en otro Estado miembro o conjuntamente con él, siempre que dicho acuerdo marco contenga disposiciones específicas que permitan a los respectivos poderes adjudicadores adjudicar esos contratos.

En fin, la propuesta contempla también algunas reglas sobre los posibles recursos a interponer en los supuestos de contratación conjunta transfronteriza. La norma general es que los procedimientos estarán sujetos a los mecanismos de recurso ordinarios previstos en la legislación nacional aplicable.

El apartado 9 del artículo 38 de la propuesta prevé que para que estos mecanismos de recurso puedan funcionar eficazmente, los Estados miembros velarán por que las decisiones de las instancias de recurso, a tenor de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, situadas en otros Estados miembros, se ejecuten plenamente en su ordenamiento jurídico nacional, cuando dichas decisiones conciernan a poderes adjudicadores establecidos en su territorio y participantes en el procedimiento de contratación pública transfronterizo.

En cuanto a las técnicas electrónicas, la propuesta simplifica los trámites de los sistemas dinámicos de adquisición a fin de que los poderes adjudicadores puedan sacar el máximo provecho de las posibilidades que ofrece. Se plantea así su puesta en práctica en forma de procedimiento restringido, lo que haría innecesarias las ofertas indicativas, uno de los aspectos que más complicaban su utilización. De esta forma, todo operador económico que presente una solicitud de participación y cumpla los criterios de selección debe ser autorizado a participar en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a través del sistema dinámico de adquisición.

En cuanto a los catálogos electrónicos, que pueden desarrollar un importante papel para incrementar la competencia y racionalizar las compras públicas, se regulan en el artículo 34 de la propuesta. El precepto establece que los poderes adjudicadores, cuando obliguen a los licitadores a que utilicen los medios de comunicación electrónicos, podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, pudiendo ir acompañadas de otros documentos que las completen. La utilización de los catálogos electrónicos se podrá hacer obligatoria por los diferentes Estados miembros en relación con determinados tipos de contratación.

Los catálogos electrónicos serán elaborados por los candidatos o licitadores para participar en un determinado procedimiento de contratación de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato es-

tablecidos por el poder adjudicador. Cuando se acepte o se exija la presentación de las ofertas en forma de catálogo electrónico, los poderes adjudicadores deberán hacerlo constar en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés si se utiliza un anuncio de información previa como convocatoria de la licitación. En el pliego de condiciones se recogerá toda la información necesaria, de conformidad con el artículo 19, en relación con el formato, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

3.11. Mejora del acceso al mercado para las PYME

Un objetivo importante de la Propuesta de Directiva⁶⁸ y, más en general, una preocupación de las instituciones europeas en los últimos años⁶⁹, es facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a los mercados de contratación pública.

Ese impulso puede ayudar a liberar el potencial de las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación, al mismo tiempo que permitirá a los poderes adjudicadores ampliar su base de proveedores, lo cual redundará positivamente en un aumento de la competencia por los contratos públicos.

Con el fin de mejorar el acceso de las PYME a los contratos públicos, la Comisión publicó en 2008 el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos»⁷⁰, en el que se apoya la Propuesta de Directiva sobre contratación pública.

68. Véase el Libro Verde de la Comisión sobre «la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011) 15 (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>), p. 30.

69. Véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulada «Pensar primero a pequeña escala»-«Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas [COM(2008)0394] y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la misma [SEC(2008)2102].

La Unión Europea ha creado recientemente un nuevo portal de impulso de las PYMEs con secciones específicas para la participación de las PYMEs en los procesos de contratación pública: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/newsbytheme.cfm?displayType=news&lang=es&tpa_id=174.

70. Documento SEC 2008, 2193.

En España, la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha publicado la «Guía práctica de la Contratación Pública para las PYME» a la que se puede acceder en la dirección: www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/Publicaciones.aspx. Consciente de la importancia que tiene para la PYME vender al sector público, la Guía, con un enfoque tan didáctico como práctico, describe a las empresas los distintos pasos necesarios para participar en las licitaciones públicas y aporta ejemplos para facilitar su comprensión de los conceptos.

En este sentido, la propuesta plantea la simplificación de las obligaciones de información que incumben a los licitadores en los procedimientos de contratación. Se prevé así la obligación de aceptar las declaraciones de los interesados como prueba suficiente a efectos de selección. En el proceso de elaboración de las nuevas directivas se llegó a plantear la aprobación de un documento normalizado, el pasaporte europeo de contratación pública, que serviría para demostrar la inexistencia de motivos de exclusión, pero finalmente el pasaporte no pasó a la tramitación final de las propuestas de directivas.

Otro aspecto importante para la participación de las PYME es el fomento de la división en lotes –homogéneos o heterogéneos– de los contratos públicos. Si los poderes adjudicadores deciden no hacer esta división, deberán explicar de manera específica su decisión.

Con el fin de evitar obstáculos injustificados a la participación de las PYME, la propuesta de Directiva contiene una lista exhaustiva de las posibles condiciones para la participación en los procedimientos de contratación y declara explícitamente que estas condiciones deberán restringirse «a aquellas que sean adecuadas para

garantizar que un candidato o licitador tiene los... recursos y... la capacidad para ejecutar el contrato que se adjudique». Los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un gran obstáculo para el acceso de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados. Por último, otro instrumento decisivo para las PYME, como las condiciones para la participación de grupos de operadores económicos, deben estar justificadas por razones objetivas y proporcionadas.

Por lo que se refiere a la subcontratación, una vía fundamental para la participación de las PYME en los contratos públicos, la propuesta prevé el pago directo a los subcontratistas. Los Estados miembros podrán disponer que los subcontratistas tengan la posibilidad de solicitar que el poder adjudicador les pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato.

Además de lo anterior, el ya comentado impulso de la utilización de medios electrónicos en la contratación pública por el que apuesta la

También en Francia se ha publicado una guía práctica destinada a las PYME acerca del aprovechamiento de las posibilidades que ofrece el mercado de la contratación pública («guide pratique pour la réponse des pme à la commande publique», <http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/guidepratique-050208.pdf>).

propuesta de directiva, sin duda favorecerá también la participación de las PYME en las compras públicas.

3.12. La novedosa regulación en la Propuesta de las fases de ejecución y resolución de los contratos

La Propuesta de Directiva incorpora ya una regulación específica sobre la ejecución del contrato, a la que dedica el Capítulo IV del Título II («Normas aplicables a los contratos», artículos 70 a 73).

Se trata de una novedad importante de la Propuesta, que no sorprende ya que de la tradicional preocupación del ordenamiento jurídico europeo por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato (expresada en la comentada aprobación de diversas directivas, primero sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros, luego también de contratos de servicios, de procedimientos en los conocidos como sectores especiales y de recursos en todos estos procedimientos), ha pasado en los últimos años a contemplar la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato (las disposiciones de la Directiva 2004/18 al respecto fueron sido incorporadas por el artículo 118 TRLCSP), a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y subcontratistas (Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales –que fue refundida por la Directiva 2011/7/UE del PE y del Consejo, de 16 de febrero de 2011– y cuyas previsiones ha recogido recientemente el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que ha modificado el TRLCSP), sobre duración de los contratos y régimen de las prórrogas (artículo 23 TRLCSP) y sobre modificaciones del contrato (para limitar notablemente su uso, como hizo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, al introducir un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, con la rúbrica genérica de «Modificación de los contratos», que resulta aplicable a todos los contratos del sector público y cuya regulación se ha trasladado el TRLCSP –arts. 105 a 108–).

Los temas abordados por la Propuesta de Directiva son las condiciones de ejecución del contrato (artículo 70), la subcontratación (71), la modificación de los contratos durante su vigencia (72) y la resolución de contratos (art. 73).

En primer lugar, se prevé, lo que supone una continuidad con la regulación vigente, que las entidades adjudicadoras podrán estipular

condiciones especiales relativas a la ejecución de un contrato, siempre que estén vinculados al objeto del contrato en el sentido del artículo y se indica en la convocatoria de licitación o en los documentos de contratación. Esas condiciones pueden referirse, en especial, a consideraciones sociales y ambientales.

Respecto a la subcontratación, se recogen en lo esencial las previsiones del artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE, en el sentido de establecer que en los documentos relativos a la contratación, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga la intención de subcontratar a terceros y los subcontratistas propuestos. Esta indicación se realizará sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.

Las previsiones de más trascendencia serán las que recoge el artículo 72 referidas a la modificación de los contratos durante su mandato. Se traslada a la Propuesta la importante jurisprudencia del TJUE en la materia, que tiene como «leading case» el asunto «Succhi di Frutta», C-496/99, sentencia de 29 de abril de 2004 y una de sus últimas manifestaciones la sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, en el asunto T-235/11, España contra Comisión, que confirma la reducción de la ayuda financiera inicialmente acordada por el Fondo de Cohesión a cinco proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España⁷¹.

71. Como señalan los apartados 47 a 54 de la sentencia de 31 de enero de 2013, que recogen a su vez la doctrina sentada por el Tribunal en su asunto «Succhi di Frutta», especialmente en sus apartados 109 a 111, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores.

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

En este contexto, entiende el Tribunal que, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables

De acuerdo con la propuesta, una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación a efectos de la Directiva y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella.

En este sentido, una modificación de un contrato durante su período de vigencia se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato sustancialmente diferente del celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

- a) «que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;
- b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- c) que la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente» (artículo 72.2).

Sin embargo, como ha apuntado MOREO MARROIG⁷², en el apartado 5 del artículo 72 se relajan las exigencias de la jurisprudencia comunitaria al permitir modificaciones cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever; b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato; c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Las modificaciones no se considerarán sustanciales en el sentido del apartado 1 del artículo 72 si se hubiesen previsto en los documentos contractuales de forma clara, precisa e inequívoca cláusulas de revisión. En este tipo de cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones, así como las condiciones en las que podrán ser utilizadas, y no deberán permitir que las modificaciones puedan alterar el carácter global del contrato o del acuerdo marco.

En cuanto a la resolución de los contratos, el artículo 73 de la Propuesta prevé que los Estados miembros velarán porque las autoridades

contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

72. «Puntos clave en la propuesta de directiva de contratos públicos», <http://administracionpublica.com/puntos-clave-contratacion/>, fecha consulta 26 de enero de 2013.

contratantes tengan la posibilidad de resolver un contrato público si concurren las circunstancias tasadas que recoge el precepto. Entre ellas, se encuentran que una modificación del contrato constituya una nueva adjudicación, a efectos de lo dispuesto en el artículo 72 y que el TJUE resuelva, en un procedimiento conforme al artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho originario o derivado debido al hecho de que un poder adjudicador perteneciente a dicho Estado miembro ha adjudicado el contrato en cuestión sin cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados y la Directiva sobre contratación pública.

Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo reglamento financiero y sus normas de desarrollo

TERESA MEDINA ARNÁIZ

Profesora colaboradora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

I. INTRODUCCIÓN

La actual revisión del marco jurídico de la contratación pública en la Unión Europea persigue simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos de adjudicación contractual¹. Entre sus objetivos se encuentran los de corregir las deficiencias detectadas en su aplicación², clarificar sus conceptos de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y garantizar una utilización más eficiente de los fondos públicos contribuyendo con ello a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador³.

1. Estos retos se plantean en el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, COM (2010) 571 final, de 18 de octubre de 2010; en el *Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, y en la *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, de 20 de abril de 2012.
2. La complejidad de la normativa y su ambigua redacción aparecen entre las respuestas de los Estados miembros al Informe Anual del Tribunal de Cuentas, correspondiente al ejercicio presupuestario de 2011, respecto de los errores en la aplicación de las normas y procedimientos de contratación pública, COM (2013) 118 final, de 28 de febrero de 2013, p. 12.
3. Son las prioridades que se enuncian en la *Estrategia Europa 2020* en la que se define

Para lograr estos objetivos, la reforma de la normativa contractual se impulsa a través de tres propuestas legislativas adoptadas por la Comisión Europea en diciembre de 2011: la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública, COM (2011) 896 final; la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM (2011) 895 final y la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, COM (2011) 897 final.

Como se ha avanzado en algunos de los trabajos presentados en los anteriores libros del *Observatorio de contratos públicos 2010 y 2011*⁴, estas Propuestas han sido calificadas de acción clave dentro del mercado interior por desempeñar un importante papel en la competitividad y en el crecimiento económico de la UE⁵, puesto que las compras públicas suponen un gasto anual que se cifra alrededor de dos billones de euros (19,7% del Producto Interior Bruto europeo)⁶. Al mismo tiempo, la reforma de las normas contractuales pretende contribuir a la necesaria interacción entre políticas de la Unión al afrontarse desde objetivos complementarios con los presentados en la *Estrategia Europa 2020*, en el Acta del Mercado Único y en la propuesta de Reglamento del Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020⁷.

la hoja de ruta para el crecimiento de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera, *EU2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo 2010.

4. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M. Á., «La contratación pública y del Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en la obra colectiva dirigida por GIMENO FELIÚ, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 23-41 y en la misma obra MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», pp. 43-101. También, SANMARTÍN MORA, M^a. A., «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en la obra *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, especialmente pp. 410 a 412. En este mismo volumen, puede consultarse el trabajo de MORENO MOLINA, J. A., «Hacia las Directivas de contratación pública de cuarta generación».
5. La revisión de las Directivas de la UE sobre contratación pública era una de las doce actuaciones clave mencionadas en el Acta del Mercado Único *Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»*, COM (2011) 206 final, de 13 de abril de 2011 y en el *Acta del Mercado Único II*, COM (2012) 573 final, de 3 de octubre de 2012.
6. Estas cifras referidas al año 2010 han sido extraídas de los documentos de trabajo de la Comisión *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, SWD (2012) 342 final, de 9 de octubre de 2012, p. 6 y *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011.
7. La propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se establece el Marco Financiero Plurianual para 2014-2020 pretende también fomentar un crecimiento inte-

De esta manera, en el proceso de reforma de las actuales Directivas sobre contratación se apuesta por (i) unos procedimientos más sencillos y flexibles que garanticen un acceso más fácil de las empresas a la contratación, especialmente a las pequeñas y medianas empresas (PYMEs); (ii) la simplificación de la documentación a presentar por los operadores económicos en la licitación; (iii) la implantación de la contratación electrónica; (iv) la utilización estratégica de la contratación pública y (v) el establecimiento de objetivos de gobernanza que permitan una mejor supervisión de las prácticas de contratación.

Las citadas Propuestas de Directivas siguen su tramitación legislativa con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, a la espera de que tanto el Parlamento como el Consejo en su calidad de colegisladores lleguen a un acuerdo definitivo sobre las posiciones presentadas por ambos (artículo 294 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «TFUE»); si bien, cabe señalarse que la previsión de aprobación resulta incierta tras el retraso ocasionado respecto de los planes iniciales anunciados para finales de 2012⁸.

No obstante, a pesar de que restan todavía meses para la publicación de las nuevas Directivas, el año 2012 nos dejó importantes novedades en el ámbito de contratación pública en tanto que la adopción de las decisiones de adjudicación de los contratos financiados con cargo a los recursos del presupuesto de la Unión Europea se disciplinan por un nuevo Reglamento financiero.

Por ello, los siguientes apartados de este trabajo tienen por objeto presentar las principales novedades que, en relación con la contratación pública, ha supuesto la aprobación del Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión⁹ y el Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo¹⁰.

ligente, integrador y sostenible, COM (2012) 388 final, de 6 de julio de 2012, en línea con lo dispuesto en la Comunicación *Un presupuesto para Europa 2020*, COM (2011) 500 final, de 29 de junio de 2011. En el Consejo Europeo de los días 7 y 8 de febrero de 2013 se alcanzó un acuerdo sobre el nuevo marco financiero posterior al 2013 por el que se establece las prioridades políticas de actuación de la UE hasta el año 2020 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/135370.pdf [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].

8. SÁNCHEZ GRAELLS, A., «¿Es imposible el diálogo en la reforma de la normativa comunitaria de contratación pública? El Consejo y el Parlamento Europeo siguen caminos paralelos», artículo de opinión publicado en el Observatorio de Contratación Pública, el 6 de febrero de 2013 en <http://www.obcp.es/> [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].
9. DOUE L 298, de 26 de octubre de 2012.
10. DOUE L 362, de 31 de diciembre de 2012.

La razón principal que justifica esta elección es presentar algunas de las novedades normativas acaecidas en esta materia durante el año 2012, al ser éste el período temporal comprendido en este nuevo volumen del *Observatorio de contratos públicos*. Asimismo, entendemos que el estudio de estas disposiciones puede resultar de interés para analizar los cambios que se prevén en las próximas Directivas sobre contratación pública desde la normativa que ya está en vigor¹¹.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE LAS DISPOSICIONES FINANCIERAS

La regulación sobre la contratación pública en el ámbito europeo no se limita a las normas recogidas en las Directivas de la Unión, sino que, en virtud de la ejecución de las políticas de la UE y en el marco de la ayuda exterior, deben considerarse también las normas sobre contratación pública incluidas en la regulación sobre gestión financiera y presupuestaria.

Así, en el contexto de las distintas modalidades de gestión del gasto público, la adjudicación de los contratos financiados con cargo al presupuesto de la Unión se rige por una serie de disposiciones específicas que pretenden garantizar los principios cardinales de la contratación –transparencia, igualdad de trato y no discriminación–, pero también el principio de buena gestión financiera sobre la base de la evaluación de riesgos y la prevención de fraudes e irregularidades¹².

Como se ha indicado con anterioridad, este trabajo va a centrarse en la regulación sobre contratación pública incluida en el vigente Reglamento financiero y en sus normas de desarrollo. Sin embargo, y aunque sea de manera más sumaria, hay que señalar que junto al presupuesto general – que es el más importante desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo – coexisten otros presupuestos que recogen parte de la actividad financiera de las instituciones y organismos europeos y que también disponen de normas contractuales aplicables a las operaciones financiadas con cargo a los mismos. Entre ellos, cabe destacar el presupuesto del Fondo Europeo de Desarrollo (FED) y los de distintas agen-

11. alguna de estas reflexiones ya se avanzaron en la columna de opinión publicada el 18 de febrero de 2013 en <http://www.obcp.es/> bajo el título «La regulación europea de la contratación pública no se agota en las Directivas: Nota sobre el nuevo Reglamento financiero de la Unión», y en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 126, julio-agosto 2013.

12. Respecto de la gestión presupuestaria, el objetivo de buena gestión financiera se define por referencia a los principios de economía, eficiencia y eficacia.

cias y organismos independientes creados por la Unión que cuentan con presupuesto propio y que están regulados por una normativa financiera específica.

1. EL FONDO EUROPEO DE DESARROLLO

Por lo que se refiere al FED, este Fondo es el principal instrumento financiero de ayuda de la UE a la cooperación al desarrollo prestada a los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) y a los Países y Territorios de Ultramar asociados a la Unión (PTU).

Las relaciones comerciales y de cooperación entre la UE y los países africanos, del Caribe y del Pacífico se remontan al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE 1957) que contemplaba en su Parte IV un régimen de asociación a la Comunidad por parte de los países y territorios no europeos que mantuvieran relaciones especiales con Bélgica, Francia, Italia y Países Bajos (artículo 131 TCE)¹³. Con idéntico tenor se preveía también la creación del FED diseñado para proporcionar apoyo financiero y técnico a dichos territorios, inicialmente a los países africanos que en aquel momento aún estaban colonizados. Esta ayuda económica conllevaba también ciertas obligaciones, y así, por lo que ahora nos interesa, se establecía que para «las inversiones financiadas por la Comunidad, la participación en las convocatorias para la adjudicación de obras, servicios y suministros quedará abierta, en igualdad de condiciones, a todas las personas físicas y jurídicas que tengan la nacionalidad de los Estados miembros o de los países y territorios» (artículo 132.4 TCE).

Por su parte, los PTU también han estado asociados a la UE desde la entrada en vigor del Tratado de Roma y, en este caso, su asociación con la Unión emana de las relaciones constituciones que dichos países y

13. Los países y territorios a los que se iba a aplicar las disposiciones de la cuarta Parte del originario Tratado CE estaban enumerados en el Anexo IV y eran, en aquel momento: el África occidental francesa, que comprendía Senegal, Sudán, Guinea, Costa de Marfil, Dahomey (actual Benín), Mauritania, Níger y Alto Volta (hoy Burkina Faso); el África ecuatorial francesa, que comprendía el Congo Medio (hoy Congo), Ubangui-Chari (hoy República Centroafricana), el Chad y Gabón; San Pedro y Miquelón, el Archipiélago de las Comoras, Madagascar y dependencias, Costa francesa de los Somalíes, Nueva Caledonia y dependencias, Establecimientos franceses de Oceanía, Tierras australes y antárticas; República autónoma del Togo; Territorios del Camerún bajo administración fiduciaria francesa; Congo belga (hoy conocido como República Democrática del Congo) y Ruanda Urundi (hoy República de Burundi); Somalia bajo administración fiduciaria italiana y Nueva Guinea neerlandesa.

territorios mantienen con cuatro Estados miembros: Dinamarca, Francia, Países Bajos y Reino Unido. Se trata de islas situadas en el Océano Atlántico, la Antártida, el Ártico, el Caribe, el Océano Índico y el Océano Pacífico que no forman parte del territorio aduanero de la Unión¹⁴. No son países soberanos, pero dependen de estos cuatro Estados, están fuera del mercado exterior y no les resulta de aplicación la legislación europea¹⁵.

En ambos casos, el FED prevé la asignación de recursos financieros destinados a llevar a cabo las estrategias de cooperación y/o las prioridades temáticas regionales que contribuyan al desarrollo socioeconómico de dichos territorios y países. La ejecución financiera de los recursos del FED corresponde a la Comisión que actúa con arreglo a cualquiera de las modalidades de gestión previstas en el Reglamento financiero del Fondo que sea aplicable por razón temporal¹⁶, pues no existe un único Reglamento financiero para todo el conjunto de los FED, ya que a cada Fondo le es de aplicación un Reglamento financiero diferente.

El FED no se financia con cargo al presupuesto de la UE, siendo los Estados miembros los que lo financian sobre la base de claves de reparto específicas. En consecuencia, su ejecución no está sometida ni al procedimiento de elaboración del presupuesto general, ni a sus distintos mecanismos de aplicación. Está sujeto a sus propias normas financieras sin

-
14. Estos países y territorios se encuentran relacionados en el Anexo II del TFUE y se trata de: Groenlandia; Nueva Caledonia y sus dependencias; Polinesia francesa; tierras australes y antárticas francesas; Islas Wallis y Futuna; Mayotte; San Pedro y Miquelón; Aruba; Antillas neerlandesas; Anguila; Islas Caimán; Islas Malvinas (Falkland); Georgia del Sur e Islas Sandwich del Sur; Montserrat; Pitcairn; Santa Elena y sus dependencias; territorio antártico británico; territorios británicos del Océano Índico; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes británicas y Bermudas.
 15. La Asociación PTU-UE se asienta en diversas bases jurídicas, destacando la Parte IV del TFUE. Sus modalidades y procedimientos se han establecido mediante sucesivas decisiones del Consejo, la última de las cuales es la Decisión 2001/822/CE, que será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2013.
 16. Las intervenciones de los FED se ejecutan a través de proyectos y de apoyo presupuestario con arreglo a tres formas de ejecución principales: *gestión centralizada* directa a cargo de la Comisión; *gestión descentralizada* por la que la Comisión confía la gestión de determinadas tareas a las autoridades de los países beneficiarios y *gestión conjunta* por la cual la Comisión delega algunas tareas de ejecución en una organización internacional como las Naciones Unidas y el Banco Mundial. Véase la *Guía práctica de los procedimientos contractuales para las acciones exteriores de la Unión Europea* (2013) que puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do> [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].

atender al principio de anualidad y es gestionado por un comité específico¹⁷.

Respecto de la contratación pública, los distintos Reglamentos financieros que han establecido el marco jurídico aplicable a la gestión financiera de dichos Fondos se han preocupado, entre otros aspectos, de garantizar una participación lo más amplia posible en las licitaciones para los contratos financiados por el FED y de velar por el establecimiento de procedimientos de adjudicación transparentes, no discriminatorios y que excluyan cualquier tipo de conflicto de intereses para dar así cumplimiento al principio de buena gestión financiera.

Gráfico 1. Marco temporal de los Reglamentos financieros aplicables a los FED

1º FED	2º FED	3º FED	4º FED	5º FED	6º FED	7º FED 8º FED	9º FED 10º FED
1958-1963	1963-1968	1969-1974	1975-1980	1981-1985	1985-1990	1991-2000	2000-2013

Fuente: Elaboración propia

En el momento actual, el marco jurídico aplicable a los contratos de servicios, suministro y obras financiados con cargo a los recursos del FED se rige por las siguientes disposiciones:

- El «Acuerdo de Asociación ACP-UE», firmado en Cotonú, el 23 de junio de 2000¹⁸, en su versión modificada, por primera vez, en Luxemburgo el 25 de junio de 2005¹⁹ y modificado, por segunda vez, en Uagadugú el 22 de junio de 2010²⁰. De este Acuerdo debemos destacar su Anexo IV, puesto que en él se recogen las condiciones de participación y los procedimientos de adjudicación de contratos en relación con las operaciones financiadas por el FED en favor de los Estados ACP.

17. Normalmente, cada FED se celebra por períodos de cinco años. Desde la celebración del primer convenio de asociación, los ciclos de programación del FED han seguido generalmente los ciclos de los acuerdos o convenios de asociación ACP y PTU. El primer FED abarcó el período 1958-1963 y el último, hasta el momento, que es el décimo FED cubre el período 2008-2013. Cuando finalice el año 2013, se prevé que el undécimo FED cubra el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2020. En este último período, y según dispone la Decisión 1/2013 del Consejo de Ministros ACP-UE, de 7 de junio de 2013, el importe global de la ayuda financiera a favor de los Estados ACP en el Marco Financiero Plurianual ascenderá a 31.589 millones de euros (DOUE L 173, de 26 de junio).

18. DOCE L 317, de 15 de diciembre de 2000.

19. DOUE L 209, de 11 de agosto de 2005.

20. DOUE L 287, de 4 de noviembre de 2010.

http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/second_revision_cotonou_agreement_20100311.pdf [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].

- La Decisión 2001/822/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2001, relativa a la asociación de los países y territorios de Ultramar a la Comunidad Europea («Decisión de Asociación Ultramar») ²¹, modificada por la Decisión 2007/249/CE del Consejo, de 19 de marzo de 2007, y por la Decisión 528/2012/UE del Consejo, de 24 de septiembre de 2012 ²².
- Anexo V de la Decisión 3/90 del Consejo de Ministros ACP-CEE, de 29 de marzo de 1990, por la que se aprueban las disposiciones generales, las condiciones generales y las normas de procedimiento para la conciliación y el arbitraje, relativos a los contratos de obras, de suministros y de servicios financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), y sobre su aplicación ²³.
- El Reglamento (CE) 215/2008, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se regula el establecimiento y la ejecución financiera de los recursos del décimo Fondo Europeo de Desarrollo ²⁴. Este Reglamento cubre el período 2008-2013 y contiene disposiciones relativas a la contratación pública en sus artículos 91 a 99.

2. LA REGULACIÓN FINANCIERA PARA LOS ORGANISMOS DE LA UE DOTADOS DE PERSONALIDAD JURÍDICA Y CON PRESUPUESTO DE FUNCIONAMIENTO PROPIO

En el marco institucional de la Unión, además de los órganos calificados como instituciones y a quienes, por tanto, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, les resultan de aplicación las disposiciones del Reglamento financiero general respecto de la contratación pública, existen otros organismos y agencias que, desde un principio de descentralización funcional, desempeñan tareas técnicas, científicas y de

21. DOCE L 314, de 30 de noviembre de 2001.

22. Los procedimientos de adjudicación de contratos en relación con las operaciones financiadas por el FED en favor de los PTU se recogen en las medidas de aplicación de la citada Decisión de Asociación. En este caso, la Decisión 2304/2002, de 20 de diciembre, señala en sus considerandos que los procedimientos de contratación pública en los PTU deberán satisfacer las normas del Reglamento financiero FED en materia de transparencia y apertura. Su artículo 10 dispone que «1. Los procedimientos por los que se regirá la adjudicación de los contratos se determinarán en los acuerdos de financiación; 2. Cuando se conceda ayuda financiera en forma de apoyo presupuestario serán aplicables los procedimientos de contratación pública del PTU en cuestión; y 3. En todos los demás casos, la adjudicación del contrato se regirá por las disposiciones correspondientes del Reglamento financiero aplicable al décimo FED» (DOCE L 348, de 21 de diciembre de 2002).

23. DOCE L 382, de 31 de diciembre de 1990.

24. DOUE L 78, de 19 de marzo de 2008.

gestión y que pueden reagruparse dentro de la categoría general de organismos descentralizados²⁵.

Estos organismos, a pesar de no contar con una regulación común para todos ellos y caracterizarse por su gran diversidad, coadyuvan a la ejecución de distintos aspectos de las políticas sectoriales de la Unión en tanto que constituyen estructuras especializadas para la aplicación de una política determinada. Es así que, en ocasiones, el legislador europeo considera que, para llevar a cabo determinadas tareas ejecutivas, es más apropiado recurrir a órganos especializados que pueden aportar los conocimientos técnicos necesarios para alcanzar a satisfacción los objetivos previstos en los distintos programas de la UE («gestión centralizada indirecta» en el caso de tratarse de organismos de Derecho público y de los organismos contemplados en los artículos 208 y 209 del vigente Reglamento financiero)²⁶.

Las características comunes de estos organismos o agencias no se limitan a su participación en el ejercicio de la función ejecutiva y en la aplicación de las normas europeas, sino que presentan otras notas comunes como son el estar dotados de personalidad jurídica propia y disfrutar de autonomía financiera y administrativa para la realización de sus funciones.

25. Véase http://europa.eu/agencias/index_es.htm [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013]. En la Comunicación *Agencias europeas – Orientaciones para el futuro*, COM (2008) 135, de 11 de marzo de 2008, la Comisión lleva a cabo una clasificación de las agencias europeas en atención a las funciones que desempeñan. De esta manera, relaciona: (i) las agencias que adoptan decisiones individuales que son jurídicamente vinculantes para terceros (ejemplo, Agencia Europea de Seguridad Aérea); (ii) agencias que proporcionan asistencia directa a la Comisión y, en caso necesario, a los Estados miembros, en forma de asesoramiento técnico o científico y/o de informes de inspección (ejemplo, Agencia Europea de Medicamentos); (iii) agencias responsables de actividades operativas, como son: Europol, Eurojust, Frontex; (iv) Agencias responsables de recoger, analizar y transmitir o poner en red información objetiva, fiable y fácil de comprender (ejemplos, Agencia Europea del Medio Ambiente y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); (v) Servicios a otras agencias e instituciones, como es el caso de el Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea.

26. Según el considerando cuarto del Reglamento marco (CE) 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios, «la Comisión debe centrarse prioritariamente en sus funciones institucionales. Por tanto, es conveniente que pueda delegar algunas tareas de gestión de ciertos programas comunitarios en otras entidades» (DOCE L 11, de 16 de enero de 2003). A las agencias ejecutivas también se refiere el Reglamento financiero en su artículo 62 al señalar que «La Comisión podrá delegar a las agencias ejecutivas competencias de ejecución, total o parcial, por cuenta de la Comisión y bajo su responsabilidad, de un programa o proyecto de la Unión» (apartado primero).

2.1. Organismos creados de conformidad con el TFUE y el Tratado Euratom

Respecto de estos órganos, las disposiciones relativas a su gobernanza financiera se rigen por normas especiales. Las especialidades derivan del propio Reglamento financiero, puesto que tanto el derogado Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (denominado en lo sucesivo «Reglamento financiero 2002») como el vigente Reglamento, contemplan la facultad de la Comisión para adoptar un Reglamento financiero marco propio para estos organismos, si los mismos están dotados de personalidad jurídica propia y reciben contribuciones con cargo al presupuesto de la UE (artículo 185 del «Reglamento financiero 2002» y artículo 208 del vigente Reglamento financiero).

Este Reglamento financiero marco es el Reglamento (CE, Euratom) 2343/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002²⁷. El artículo 74 de este Reglamento se refiere a la adjudicación de contratos por parte de estos organismos, de tal manera que establece una regulación propia, aunque vinculada al régimen general, puesto que se remite «a lo dispuesto en el Reglamento financiero general y en el Reglamento (CE, Euratom) 2342/2002» (artículo 74.1)²⁸.

El resto de los apartados de este artículo se refieren a especialidades procedimentales en cuanto a las convocatorias de licitación, a su participación en la base central de exclusión y, lo que resulta de mayor interés, se establece la no obligación de incoar un procedimiento de licitación para adjudicar un contrato público cuando «el organismo comunitario concluya un contrato con la Comisión, las oficinas interinstitucionales y el Centro de traducción de los órganos de la Unión Europea, para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras que los mismos efectúen» (adjudicación «in house», artículo 74.4).

2.2. Organismos de las colaboraciones público-privadas

Diferenciando los organismos anteriores y sin referencias en la re-

27. Reglamento (CE, Euratom) 2343/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DOCE L 357, de 31 de diciembre de 2002).

28. Las referencias al Reglamento (CE, Euratom) 2342/2002 deben entenderse hechas al Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012 (DOUE L 362, de 31 de diciembre).

gulación anterior, el artículo 209 del nuevo Reglamento financiero se refiere a las normas financieras de las asociaciones público-privadas institucionalizadas a quienes la Comisión encomienda la ejecución del presupuesto respecto de alguna política concreta²⁹.

Así, y conforme al citado artículo, los organismos dotados de personalidad jurídica propia y creados por un acto de base a los que se haya encomendado el desarrollo de una colaboración público-privada adoptarán sus normas financieras, atendiendo a las especialidades derivadas de la necesidad de combinar la financiación pública y las contribuciones del sector privado³⁰.

Dichas normas financieras deberán incluir un conjunto de principios que aseguren la buena gestión financiera de los fondos de la Unión y, es por ello, que este artículo 209 prevé que la Comisión adopte un Reglamento financiero tipo bajo la exigencia de garantizar la protección de los intereses financieros de la Unión y atender a los principios de transparencia y no discriminación.

Ejemplos de estos organismos son las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas creadas en forma de empresas comunes en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 del TFUE. Este artículo establece que «la Unión podrá crear empresas comunes o cualquier otra estructura que se considere necesaria para la correcta ejecución de los programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión».

Con arreglo al Séptimo Programa Marco, las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas son una nueva forma de constituir asociaciones público-privadas para promover la investigación a escala europea³¹. Por el mo-

29. A título de ejemplo, la Decisión 2006/971/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 2006, relativa al programa específico por el que se ejecuta el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007-2013), subraya la necesidad de crear asociaciones público-privadas paneuropeas para acelerar el desarrollo de tecnologías clave, mediante acciones de investigación a gran escala a nivel comunitario (DOUE L 400, de 30 de diciembre de 2006).

30. Las dificultades específicas de estas estructuras que requieren la asociación entre los ámbitos público y privado fueron puestas de manifiesto por la Comisión en su Comunicación *Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*, COM (2009) 615 final, de 19 de noviembre de 2009, especialmente p. 13 al indicar que «para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen».

31. La Decisión 1982/2006/CE, de 18 de diciembre, relativa al Séptimo Programa Marco de la UE para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013) (DOUE L 412, de 30 de diciembre de 2006).

mento, para la ejecución de estas Iniciativas se han creado empresas comunes en cinco áreas estratégicas: aeronáutica y transporte aéreo (Empresa Común Clean Sky de aeronáutica y transporte aéreo); salud pública (Empresa Común para la iniciativa sobre medicamentos innovadores); tecnologías de pilas de combustible e hidrógeno (Empresa Común de Pilas de Combustible e Hidrógeno); sistemas de computación empujados (Empresa Común ARTEMIS) y nanoelectrónica (Empresa Común ENIAC sobre tecnología nanoelectrónica).

Estas empresas comunes –junto con la Empresa Común SESAR respecto de la gestión del tráfico aéreo– constituyen ejemplos de asociación entre los sectores público y privado que son calificadas por sus normas de creación como «órganos comunitarios dotado de personalidad jurídica propia»³². Esta consideración supone su sujeción a reglas y procedimientos como los que hemos señalado respecto del Reglamento financiero marco para los organismos descentralizados [Reglamento (CE, Euratom) 2343/2002]³³.

La contribución de la Unión al presupuesto de las empresas comunes para cubrir los costes de funcionamiento y las actividades de investigación conlleva también que estas empresas deban someterse a la reglamentación financiera europea, si bien pueden adoptar regulaciones específicas en atención a sus peculiaridades. Por el momento –y a falta de un Reglamento financiero tipo– todas las normas financieras de estas empresas comunes establecen reglas para la adjudicación de los contratos que lleven a cabo con terceros, puesto que, como seguidamente trataremos, estas normas financieras califican como contratación interna o *in house* aquellas que tienen lugar entre los miembros de la empresa común³⁴.

32. En el caso de la Empresa Común Europea para el ITER y el desarrollo de la energía de fusión, la Decisión 2007/198/Euratom del Consejo, de 27 de marzo de 2007, por la que se establece esta Empresa Común, la califica de organismo internacional tal como se define en el artículo 22 de la Directiva 2004/17/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2004/18/CE, para dar así cumplimiento a los compromisos derivados de los acuerdos internacionales en su creación.

33. Según disponía el derogado artículo 185 del «Reglamento financiero 2002» y recoge ahora el artículo 208 del vigente Reglamento financiero.

34. Reglamento financiero de la Empresa Común Europea para el ITER y el desarrollo de la energía de fusión, adoptado por su Consejo de Administración, el 22 de octubre de 2007 (<http://fusionforenergy.europa.eu/procurementsgrants/keyreference.aspx>); las normas financieras de la Empresa Común SESAR, adoptadas por su Consejo de Administración, el 28 de julio de 2009 (<http://www.sesarju.eu/news-press/documents/financial-rules-sesar-joint-undertaking--429>); las normas financieras de la Empresa Común ARTEMIS, adoptadas por su Consejo de Administración, el 18 de diciembre de 2008— (www.artemis-ju.eu/ARTEMISJU_ARTEMIS_GB_55_08.PDF); el Regla-

En general, podemos afirmar que los Reglamentos financieros de estas empresas comunes no se apartan de las disposiciones del Reglamento financiero general, ni del Reglamento financiero marco en lo que se refiere a los principios y a los procedimientos de adjudicación; sin embargo, el Tribunal de Cuentas y el Consejo en su labor de control sobre la ejecución del presupuesto de estas empresas, han detectado algunas deficiencias respecto de sus regulaciones contractuales.

Así, por ejemplo, el Consejo de la UE, en sus Recomendaciones de aprobación de la gestión de las Empresas Comunes respecto a la ejecución del presupuesto del ejercicio 2011, insta a la Empresa Común Europea para el ITER y el desarrollo de la energía de fusión, a resolver las carencias detectadas en sus procedimientos de contratación pública, especialmente para reducir su duración, limitar el recurso al procedimiento negociado tan solo a los casos debidamente justificados, mejorar el proceso de preparación de la documentación de licitaciones, seguir y gestionar sistemáticamente los cambios en los requisitos de contratación y documentar apropiadamente los costes estimados, así como para controlar los procedimientos antes de efectuar los pagos³⁵.

El hecho que algunas de estas normas financieras recojan la posibilidad de que la empresa común pueda suscribir contratos de obras, servicios o suministro con sus miembros del sector privado sin recurrir a un procedimiento de contratación pública, suscita también las dudas del Tribunal de Cuentas. El Tribunal considera que este tipo de disposiciones «representa una desviación de los principios generales de la contratación establecidos en los Reglamentos financieros general y marco, y supone un riesgo significativo para la buena gestión financiera. Así pues, a juicio del Tribunal, el ámbito de aplicación de este marco jurídico excepcional deberá limitarse estrictamente en función de los objetivos

mento financiero de la Empresa Común Clean Sky, aprobado por Decisión de su Consejo de Administración, el 7 de noviembre de 2008 <http://www.cleansky.eu/content/document/clean-sky-financial-rules>; el Reglamento financiero de la Empresa Común para la ejecución de la iniciativa tecnológica conjunta sobre medicamentos innovadores, adoptado por su Consejo de Administración, el 2 de febrero de 2009 <http://www.imi.europa.eu/content/documents>; el Reglamento financiero de la Empresa Común de Pilas de Combustible e Hidrógeno, adoptado por su Consejo de Administración, el 26 de septiembre de 2008 http://www.fch-ju.eu/sites/default/files/documents/financial_rules.pdf; el Reglamento financiero de la Empresa Común ENIAC, adoptado por su Consejo de Administración, el 30 de mayo de 2008 http://www.eniac.eu/web/downloads/documents/financila_rules_of_the_eniacju.pdf [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].

35. Documento del Consejo de la Unión Europea 5755/13 ADD 1, de 1 de febrero de 2013, p. 4 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/13/st05/st05755-ad01.es13.pdf> [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].

perseguidos por las obras, servicios y suministros estipulados en el contrato. Asimismo, debe garantizarse que el recurso a este régimen excepcional se realiza sin perjuicio de las normas y principios básicos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, la no discriminación, la igualdad de trato, la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad y las normas de la buena gestión financiera»³⁶.

2.3. Agencias ejecutivas

Previsiones similares a las tratadas hasta el momento se contemplan también respecto de las agencias ejecutivas. Según dispone el artículo 15 del Reglamento marco (CE) 58/2003, del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios, cada «agencia ejecutiva aplicará, para ejecutar su presupuesto de funcionamiento, las disposiciones de un Reglamento tipo aprobado por la Comisión»³⁷.

El Reglamento financiero tipo para las agencias ejecutivas se aprobó mediante el Reglamento (CE) 1653/2004 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2004³⁸. Por lo que se refiere a la adjudicación de sus contratos, este Reglamento dispone que las agencias deben respetar los mismos requisitos que la Comisión en materia de adjudicación de contratos públicos. Al entender que éstas llevan a cabo las tareas de ejecución mediante una gestión centralizada indirecta, el artículo 50.1 se remite al Reglamento financiero general y a sus normas de desarrollo como normativa aplicable para la adjudicación de sus contratos.

Asimismo, este mismo artículo 50 prevé que las agencias ejecutivas puedan intervenir como órganos de contratación en la adjudicación de contratos de la Comisión o de contratos interinstitucionales y que recurran «preferentemente a la Comisión, a las oficinas interinstitucionales o al Centro de Traducción en aquellos casos en que éstos estén en dispo-

36. Dictamen del Tribunal de Cuentas Europeo 2/2011, sobre las normas financieras de la Empresa Común Clean Sky, presentado en virtud del artículo 287.4 del TFUE.

37. DOCE L 11, de 16 de enero de 2003.

38. Reglamento (CE) 1653/2004 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2004, por el que se aprueba el Reglamento financiero tipo de las agencias ejecutivas al amparo del Reglamento (CE) 58/2003 del Consejo, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios (DOUE L 297, de 22 de septiembre de 2004).

sición de suministrar bienes, prestar servicios o ejecutar obras» (adjudicación «in house»)³⁹.

III. EL REGLAMENTO FINANCIERO Y SU REGULACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de la Unión Europea enuncia los principios presupuestarios esenciales y establece las normas financieras que rigen el establecimiento y la ejecución del presupuesto general de la Unión. Constituye el instrumento básico para la ejecución presupuestaria en todos sus aspectos, es decir, desde su establecimiento a través de su ejecución, su contabilidad, hasta los procedimientos de control externo y la aprobación de la gestión financiera⁴⁰. Estos principios deben ser respetados por todas las instituciones en todos los actos legislativos relativos a la ejecución de ingresos y gastos, y debido a su carácter horizontal es que se aplica también a la contratación que llevan a cabo.

Las disposiciones del Reglamento financiero que regulan la contratación pública –aun cuando no obligan a los Estados miembros, pues únicamente resultan aplicables a los contratos adjudicados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión en los términos que estamos analizando⁴¹– presentan un indudable interés por razón de su contenido. En primer lugar, porque partiendo de los mismos principios que disciplinan la adjudicación contractual en las Directivas (transparencia, igualdad de trato y no discriminación) contienen una regulación específica dirigida a hacer efectivo el principio de buena gestión financiera en

39. Puede ampliarse información en: http://europa.eu/agencias/public_contracts/index_es.htm#fusion.

40. Hasta el año 2002, el proceso de elaboración presupuestaria se contenía en el TCE que dedicaba su Título II «Disposiciones financieras» a la tramitación presupuestaria (especialmente el artículo 272) y por el Reglamento (CECA, CEE, Euratom) 356/77, del Consejo de 21 de diciembre de 1977, aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, en su versión modificada por el Reglamento (CE, CECA, Euratom) 762/2001, del Consejo de 9 de abril de 2001.

41. Los órganos calificados como instituciones por parte de las normas financieras son: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Defensor del Pueblo Europeo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). El Banco Central Europeo no se considera una institución de la Unión y, en atención a su naturaleza específica, dispone de su propio Reglamento de adquisiciones aprobado por Decisión de 3 de julio de 2007 (DOUE L 184, de 14 de julio de 2007).

la adjudicación de contratos con cargo a los fondos públicos europeos, incluyendo –como hemos visto anteriormente– la contratación en acciones exteriores financiadas por la Unión y en la ejecución de programas concretos.

Además de ello, y en segundo lugar, porque no podemos olvidar que esta regulación ha propiciado distintos pronunciamientos del ahora Tribunal General (hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa conocido como Tribunal de Primera Instancia) que vienen a completar la función de control de la legalidad de los procedimientos de contratación. Ejemplos de ello son en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de abril de 2007, *Deloitte Business Advisory/Comisión*, T-195/05; de 9 de septiembre de 2010, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, T-300/07; o la sentencia del Tribunal General, dictada el 20 de septiembre de 2011, en el asunto *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, T-298/09⁴².

En el momento actual, las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión que están en vigor se recogen en el Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁴³ y el Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo⁴⁴.

Estos Reglamentos son de aplicación desde el 1 de enero de 2013 y vienen a derogar tanto el Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas («Reglamento financiero 2002») como su Reglamento de desarrollo⁴⁵.

1. ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO FINANCIERO RESPECTO DE LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Reglamento

42. Están pendientes de resolución los asuntos T-394/12 por el recurso interpuesto el 28 de agosto de 2012 en el caso *Alfastar Benelux/Consejo*; el recurso interpuesto el 11 de septiembre de 2012 en el caso *Intrasoft International/Comisión*, T-403/12; el recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2012 –*Gaumina UAB/Instituto Europeo de la Igualdad de Género*, asunto T-424/12; el recurso interpuesto el 9 de enero de 2013 – *Communicaid Group/Comisión* –T-4/13 y el recurso interpuesto el 1 de marzo de 2013 – *Direct Way y Direct Way Worldwide/Parlamento*, asunto T-126/13.

43. DOUE L 298, de 26 de octubre de 2012.

44. DOUE L 362, de 31 de diciembre de 2012.

45. Cabe matizarse que el Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002 no está derogado en su totalidad, puesto que de conformidad con el artículo 212 del Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, algunos de sus artículos seguirán aplicándose a los compromisos asumidos hasta el 31 de diciembre de 2013.

financiero 2002 había sufrido distintas modificaciones que atendían, entre otros, a los cambios acaecidos como consecuencia del establecimiento del Servicio Europeo de Acción Exterior⁴⁶; sin embargo, la obligación de revisión trienal del Reglamento financiero y la necesidad de armonizar su contenido al nuevo marco normativo, obligaban a modificar su contenido en relación con distintas cuestiones presupuestarias y financieras que, entre otras, aludían a las nuevas obligaciones de control y auditoría de los Estados miembros en la ejecución del presupuesto (artículo 317 del TFUE)⁴⁷.

Así pues, la reforma era necesaria para adaptar las normas financieras a los nuevos requisitos de la ejecución presupuestaria, si bien y en esencia el nuevo Reglamento financiero –aunque con una distinta denominación y alterando la numeración de su articulado– mantiene los principios básicos y la estructura del derogado Reglamento financiero 2002⁴⁸.

Por lo que respecta a la contratación pública, la nueva regulación financiera atiende al mismo objetivo de simplificación que recogen las Propuestas de modificación de las Directivas. Asimismo, pretende un adecuado uso del presupuesto de la UE desde la mayor concurrencia posible; reexamina los criterios de exclusión de participación en procedimientos de contratación pública para proteger mejor los intereses financieros de la Unión y apuesta por garantizar una buena gestión financiera desde un modelo de análisis de riesgos en los contratos de escasa cuantía.

En este sentido, el considerando cuadragésimo primero del Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre las normas de desarrollo del Reglamento 966/2012 («Reglamento de desarrollo»), dispone que «la finalidad de los procedimientos

46. Reglamento (UE, Euratom) 1081/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010 (DOUE L 311, de 26 de noviembre de 2010).

47. El 22 de diciembre de 2010, la Comisión adoptó una Propuesta de Reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto anual de la Unión, [COM (2010) 815 final] que unificaba y sustituía dos propuestas previas: Estas dos propuestas eran, por una parte, la revisión trienal del Reglamento Financiero y, por otra, su revisión para armonizarlo con el Tratado de Lisboa, COM (2010) 260 final, de 28 de mayo y COM (2010) 71 final, respectivamente. No puede obviarse tampoco que la revisión también debía atender al resultado de las negociaciones sobre el nuevo Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020, COM (2011) 398 final, de 29 de junio de 2011; si bien hemos de señalar que el 6 de julio de 2012, la Comisión publicó su propuesta modificada de Reglamento, COM (2012) 388 final.

48. A este respecto puede consultarse el Anexo I de este trabajo que recoge la tabla de concordancias entre las dos normas en materia de contratación pública.

de adjudicación de contratos es satisfacer, en las mejores condiciones posibles, las necesidades de las instituciones, garantizando al mismo tiempo la igualdad de acceso a los contratos públicos y el cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación».

2. ELEMENTOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA REGULACIÓN FINANCIERA

Las obligaciones que prevén las normas financieras sobre la contratación pública son sustancialmente idénticas a las impuestas por la vigente Directiva 2004/18/CE. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 102 del Reglamento 966/2012 al señalar en su primer apartado que «todos los contratos públicos financiados total o parcialmente por el presupuesto respetarán los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación». Con arreglo al apartado segundo de este mismo artículo «todos los procedimientos de contratación pública deberán basarse en la mayor concurrencia posible», precisándose que las instituciones de la Unión serán consideradas órganos de contratación en lo que se refiere a los contratos otorgados por cuenta propia en virtud del artículo 117 del antedicho Reglamento.

Otros ejemplos lo constituyen el artículo 110 en relación con los criterios de adjudicación al prescribir que «los contratos se adjudicarán sobre la base de los criterios de adjudicación aplicables al contenido de las ofertas, tras comprobar, de conformidad con los criterios de selección recogidos en los documentos de la convocatoria de licitación, la capacidad de los operados económicos no excluidos», y el artículo 118 –el que mejor ejemplifica la relación entre ambas normativas– conforme al cual, la Directiva 2004/18/CE fijará los límites que determinan las formas de publicación de los contratos, la elección de los procedimientos de adjudicación y los plazos correspondientes.

No obstante, y más allá de estas concordancias, el vigente marco jurídico de ejecución presupuestaria aborda aspectos de interés que pudieran tomarse en consideración en la adopción de las nuevas Directivas sobre contratación pública; máxime cuando alguna de las cuestiones planteadas en las Propuestas de Directivas han sido ya abordadas desde la regulación financiera.

Sin ánimo de exhaustividad, entre los núcleos temáticos a destacar, debemos referirnos a la flexibilización de los procedimientos, la simplificación y la reducción de la carga burocrática que conllevan los procedimientos de licitación, la agregación de la demanda y la integridad de

los procedimientos mediante la protección de los intereses financieros de la Unión⁴⁹.

2.1. Flexibilización de los procedimientos

En los Títulos correspondientes a la contratación pública, estas disposiciones financieras: (i) definen los distintos tipos de procedimientos; (ii) señalan las medidas de publicación y las formas de publicidad que son aplicables a los contratos distinguiendo si éstos superan o no los umbrales económicos fijados por la Directiva 2004/18/CE; (iii) expresan las condiciones en las que se puede recurrir a un determinado tipo de procedimiento y (iv) desvelan las características principales de los mismos.

En lo que se refiere a los procedimientos de contratación pública, se establece que la adjudicación de un contrato se llevará a cabo mediante licitación, bien por procedimiento abierto, restringido o negociado, previa publicación de un anuncio de contrato, bien mediante procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de contrato, por concurso o por diálogo competitivo (artículo 104 del Reglamento 996/2012 y artículo 127.1 del Reglamento de desarrollo).

En los procedimientos negociados, se prevé que los órganos de contratación negocien las condiciones de sus ofertas con uno o más licitadores; sin embargo, la posibilidad de un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación debe supeditarse a que se respeten los principios de no discriminación y de igualdad. Es por ello que se fijan los supuestos en los cuales se puede recurrir a un procedimiento negociado, con independencia de la cuantía del contrato, tanto en el caso de publicación previa de un anuncio de licitación, como sin su publicación (artículos 134 y 135 del Reglamento de desarrollo).

Más novedosos respecto de las Directivas de contratación resultan el establecimiento de procedimientos para la adjudicación de contratos

49. El estudio de alguno de estos núcleos temáticos desde las Propuestas de Directivas sobre contratación han sido objeto de tratamiento en GIMENO FELIÚ, J. M^a (Director del proyecto de investigación DER2009-12116), «*Towards efficiency in public procurement: simplifying procedures and reducing the administrative burden*», paper presentado a la V International Public Procurement Conference (IPPC5) 2012, celebrada en Seattle (Washington), los días 17 al 19 de agosto 2012 y que puede consultarse en: <http://www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part4/PAPER4-8.pdf>. También, ARROWSMITH, S., «*Modernising the European Union's public procurement regime: A blueprint for real simplicity and flexibility*», *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, pp. 71-82.

de escasa cuantía y los pagos contra la presentación de una factura. Así, y de conformidad con el artículo 137 del Reglamento de desarrollo, los contratos que no excedan de 60.000 euros podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de contrato, habiendo sido consultados al menos tres candidatos.

Este mismo artículo determina que, en el supuesto de contratos que no excedan de 15.000 euros, éstos podrán ser adjudicados sobre la base de una sola oferta previo procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. Y que los pagos de una cuantía no superior a 1.000 euros relacionados con elementos de gasto podrán efectuarse a modo de reembolso de factura, sin aceptación previa de una oferta.

2.2. Simplificación y reducción de la carga burocrática que conllevan los procedimientos de licitación

En un contexto de mejora regulatoria propiciado por los programas estratégicos «*Legislar mejor*»⁵⁰ y «*Normativa inteligente*»⁵¹, la simplificación ha sido calificada como objetivo clave por parte de las Propuestas de revisión de los instrumentos financieros de ejecución del presupuesto de la UE⁵² y en las Propuestas de financiación sectorial con cargo al Marco Financiero Plurianual (MFP) 2014-2020⁵³.

50. Acuerdo Interinstitucional «*Legislar mejor*», adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre de 2003 (DOCE C 321, de 31 de diciembre de 2003). Este programa constituye una política europea por la que, a través de una acción global y coordinada, se intenta reducir las cargas de las empresas y transformar el proceso legislativo en un instrumento eficaz para responder a las necesidades de la sociedad de manera proporcionada y práctica.
51. El programa «*Normativa inteligente*» se refiere al conjunto del ciclo político, desde la concepción de un acto legislativo hasta la aplicación, el cumplimiento, la evaluación y la revisión. Fue presentado como parte de la Estrategia UE 2020 por parte de la Comunicación de la Comisión *Normativa inteligente en la Unión Europea*, COM (2010) 543 final, de 8 de octubre de 2010.
52. La *Propuesta de Reglamento relativo al Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de la Unión Europea*, COM (2010) 260 final, de 28 de mayo de 2010, apostaba por una simplificación de los requisitos procedimentales y documentales. Los mismos objetivos de reducir la burocracia, agilizar los procedimientos y cambiar el centro de atención del papeleo a los resultados, se ponen de manifiesto en la *Propuesta de Reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto anual de la Unión*, COM (2010) 815 final, de 22 de diciembre de 2010.
53. Comunicación de la Comisión *Un programa de simplificación para el Marco Financiero Plurianual 2014-2020*, COM (2012) 42 final, de 8 de febrero de 2012. En la Comunicación sobre el *Segundo cuadro de indicadores de la simplificación para el MFP 2014-2020* se señala que «la simplificación es una cuestión estratégica: normas más sencillas y procedimientos menos onerosos y costosos se traducen en una mejora de la calidad de la financiación de la UE y de la prestación de la ayuda, al tiempo que amplían y

La reducción de las cargas administrativas para las empresas, ha sido un propósito constante desde que, en el año 2007, la Comisión pusiera en marcha el *Programa de Acción para la reducción de las cargas administrativas en la Unión Europea* con el objetivo global de reducir en un 25% las cargas administrativas innecesarias que recaen sobre las empresas, a más tardar en el año 2012. Sin embargo, tanto las empresas como los ciudadanos se enfrentan a continuas dificultades en sus actividades transfronterizas por la exigencia de unos requisitos excesivos y gravosos por parte de la legislación aplicable.

En el sector de la contratación pública, las PYMEs y los licitadores transfronterizos se ven perjudicados por requisitos administrativos (como el suministro de documentos probatorios), problemas en la obtención de información y, a veces, requisitos desproporcionados por parte de los órganos de contratación. Estos obstáculos burocráticos impiden mejorar los porcentajes de participación transfronteriza en las compras públicas e incrementar el volumen de contrataciones transfronterizas⁵⁴.

Es por ello que uno de los esfuerzos actuales de las Propuestas de Directivas sobre contratación se concentra en simplificar los requisitos de documentación a presentar por parte de los operadores económicos interesados en la adjudicación. Sus iniciativas se plantean, por una parte, en aceptar las declaraciones responsables de los licitadores y candidatos respecto del cumplimiento de los requisitos para contratar y que únicamente el adjudicatario de un contrato presente al órgano de contratación la documentación exigida, y por otra, que se pueda eximir al operador económico de la obligación de presentar documentos e información que el poder adjudicador pueda obtener por sí mismo sin dificultad a partir de bases de datos o registros.

facilitan el acceso a los fondos de la UE», COM (2013) 98 final, de 26 de febrero de 2013, p. 2.

54. Véase, en este sentido, los documentos de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC (2011) 1585 final y SEC (2011) 1586 final, p. 4, ambas de fecha 20 de diciembre de 2011.

Las compras públicas transfronterizas representan un bajo porcentaje de todo el mercado de la contratación pública. Según datos extraídos del informe *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, tan sólo un 3% del total de una muestra de empresas contratistas afirmaba haber llevado a cabo transacciones transfronterizas directas. Asimismo, la Comunicación *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*, COM (2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010, afirma que «las compras públicas transfronterizas representaron solo el 1,5%, aproximadamente, de todos los contratos públicos adjudicados en 2009».

Estas iniciativas de simplificación no resultan novedosas para la normativa financiera, puesto que estas normas –desde el año 2002– ya apostaban por simplificar la participación en un procedimiento de adjudicación, reducir las cargas burocráticas para los operadores económicos y posibilitar la presentación de documentación en formato electrónico.

En efecto, tanto el derogado Reglamento 2342/2002 como el actual Reglamento 1268/2012 prevén la generalización del mecanismo de la declaración responsable –declaración por su honor, según la literalidad de estos textos– para acreditar la situación personal del licitador o candidato en el marco de los criterios de selección (artículo 143.1 del vigente «Reglamento de desarrollo»). Asimismo, el órgano de contratación, en función de la valoración de riesgos que efectúe, podrá abstenerse de exigir tal declaración en aquellos contratos que no excedan los 15.000 euros, pudiendo elevarse esta cuantía hasta los 20.000 euros cuando se trate de la adjudicación de contratos en acciones exteriores financiadas por la Unión.

Otra de las medidas de simplificación recogida en el citado artículo 143 es la posibilidad de que el órgano de contratación no exija a un candidato o licitador la presentación de pruebas documentales que demuestren que no se halla incurso en una prohibición de contratar. No obstante, para que esta medida pueda aplicarse deben darse una serie de condiciones: tales pruebas deben haber sido presentadas en otro procedimiento de contratación, la fecha de expedición de los documentos no puede remontarse a más de un año y la documentación tiene que seguir siendo válida.

El último de los supuestos de simplificación que vamos a examinar se refiere a las disposiciones que versan sobre las garantías bancarias que debe constituir el contratista. De esta manera, «salvo en los contratos de escasa cuantía, el órgano de contratación, si lo considera adecuado y proporcionado, podrá exigir a los contratistas, caso por caso y previa realización de un análisis de riesgos, la constitución de un garantía con objeto de asegurar el total cumplimiento del contrato o limitar los riesgos financieros ligados al pago de prefinanciaciones» (artículo 115.1 del Reglamento 996/2012)⁵⁵.

Este precepto permite al órgano de contratación diferenciar situa-

55. Véase también el considerando trigésimo octavo del Reglamento financiero 966/2012 en virtud del cual «el requisito impuesto a los contratistas de constituir garantías no debe tener un carácter automático, sino que debe basarse en un análisis de riesgo».

ciones en atención a los riesgos financieros que conllevan los contratos. Además, y de manera colateral, la supresión de estas garantías pudiera promover una mayor participación de las PYMEs en la contratación pública y mejorar su posición en relación con las grandes empresas, puesto que la provisión de una garantía bancaria está sujeta a cargas que pueden limitar las disponibilidades financieras de algunos contratistas como son las PYMEs⁵⁶.

2.3. Agregación de la demanda

Con esta medida se trata de posibilitar una contratación conjunta a escala interinstitucional entre distintos órganos de contratación. Así, se prevé la realización de procedimientos conjuntos de contratación pública entre una institución y el órgano de contratación de uno o más Estados miembros, países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) o países candidatos a la Unión⁵⁷. En estos últimos supuestos, podrá efectuarse procedimientos conjuntos de contratación con Estados de la AELC, así como con países candidatos, «siempre y cuando esta posibilidad esté específicamente prevista en un tratado bilateral o multilateral» (artículo 104 del Reglamento 996/2012).

En los supuestos de llevar a cabo un procedimiento conjunto de contratación pública, se aplicarán las disposiciones procedimentales correspondientes a la institución de la Unión, si bien en casos debidamente justificados o cuando la parte gestionada por el órgano de contratación de un Estado miembros iguale o supere el 50% del valor estimado total del contrato, «la institución podrá decidir la aplicación de las normas procedimentales propias del órgano de contratación de un Estado miembro, siempre que las mismas puedan considerarse equivalentes a las de la institución» (artículo 133 del Reglamento de desarrollo).

En el caso de la evaluación de las peticiones de participación, la adjudicación del contrato, la ley aplicable al mismo y la jurisdicción

56. Recordemos que en el marco de la *Estrategia Europa 2020*, las PYMEs desempeñan un importante papel en el sistema económico de la Unión garantizando un crecimiento económico sostenido y un mayor empleo en la UE. En este sentido, véase el *Programa para la competitividad de las empresas y para las pequeñas y medianas empresas* (2014-2020), COM (2011) 834 final, de 30 de noviembre de 2011 y la *Revisión de la «Small Business Act» para Europa*, (COM (2011) 78 final, de 23 de febrero).

57. La Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en la actualidad está formada por cuatro Estados: Islandia, Suiza, Noruega y Liechtenstein. Los países candidatos son: la antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Montenegro, Serbia y Turquía, puesto que Croacia es Estado miembro de la Unión Europea desde el 1 de julio de 2013.

contenciosa competente, serán acordadas entre los órganos implicados en el procedimiento conjunto de contratación pública.

2.4. Integridad de los procedimientos

Las normas financieras siempre han mostrado un especial interés en proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, bajo el objetivo de salvaguardar los fondos públicos y garantizar una buena gestión financiera.

Es así que, el Reglamento financiero desde su redacción del año 2002 preveía –y anticipándose, por tanto, a la regulación contenida en las vigentes Directivas sobre contratación pública– que «con el fin de prevenir las irregularidades, luchar contra el fraude y la corrupción y fomentar una gestión saneada y eficaz, debe excluirse de la adjudicación de contratos a aquellos candidatos o licitadores que hayan sido declarados culpables de tales actos o que se hallen en una situación de conflicto de intereses» (considerando vigésimo quinto del «Reglamento financiero 2002»)⁵⁸.

En el momento actual y con idéntica finalidad, los artículos 106 y 107 del Reglamento 966/2012 determinan, respectivamente, los criterios de exclusión aplicables a la participación en procedimientos de contratación pública y los supuestos de exclusión aplicables durante el procedimiento de adjudicación. Sus disposiciones, más allá del momento procedimental en el que son aplicables, resultan también novedosas respecto de la regulación contractual contenida en las Directivas en vigor porque expresamente obligan a excluir de la adjudicación de contratos a aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de contratación, se hallen en una situación de conflicto de intereses (artículo 107.1.a) del Reglamento 966/2012).

La consagración de una prohibición de contratar por razón de la existencia de un conflicto de intereses obedece a la exigencia de imparcialidad en el procedimiento de adjudicación contractual y hacen efectivos los principios contractuales de igualdad de trato y no discriminación⁵⁹; sin embargo, insistimos en que, a pesar de su regulación en el

58. Por lo que se refiere a las prohibiciones de contratar, la redacción original del artículo 93 del Reglamento financiero tuvo que ser revisada en el año 2006 para garantizar la concordancia entre este Reglamento y la Directiva 2004/18/CE y adaptar, así, su contenido a la distinción que lleva a cabo el artículo 45 de la Directiva contractual entre causas de exclusión obligatorias y facultativas.

59. Recordemos que la Comisión en su *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, señalaba que la prevención de estos conflictos ayudaría a asegurar la integridad en los procedimientos de adjudicación contractual, puesto que localizar y

Reglamento financiero como obligación para las instituciones de la Unión, no ha tenido, ni aún tiene una entidad propia en las Directivas sobre contratación pública, si bien cabe indicarse que la Propuesta sobre contratación pública recoge una disposición específica sobre los conflictos de intereses que pretende proscribir determinadas posiciones de influencia sobre el procedimiento de adjudicación ante el riesgo de falseamiento del proceso de selección del contratista⁶⁰.

La exigencia de velar por los intereses financieros de la Unión obliga a las disposiciones financieras a combatir cualquier actividad que pudieran ocasionar un perjuicio al presupuesto de la UE recurriendo, inclusive, a las autoridades e instancias designadas por la legislación vigente como es la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)⁶¹. Es así que los intereses financieros deben protegerse tanto con medidas de prevención, detección e investigación, como con otras que impliquen la recuperación de los fondos perdidos, de los pagados indebidamente o utilizados incorrectamente y, en su caso, con la imposición de sanciones.

En este sentido, el artículo 109 del actual Reglamento financiero contempla la posibilidad de imponer sanciones administrativas y/o fi-

resolver los conflictos de intereses es clave para prevenir el fraude. Ante la posibilidad de incluir un artículo en las Propuestas de Directivas referido a los conflictos de intereses, la Comisión planteaba las siguientes preguntas: «¿Estaría a favor de introducir una definición de la UE del conflicto de intereses en la contratación pública? y ¿Qué actividades o situaciones que contengan un riesgo potencial deberían estar contempladas (relaciones personales, intereses empresariales, como la participación en el capital, incompatibilidades con actividades externas, etc.)?», COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, p. 54. Estas cuestiones fueron tratadas por los miembros investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116) y sus respuestas están recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 505 y 506.

60. Artículo 21 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre contratación pública, COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011. Este artículo establece que «El concepto de conflicto de intereses abarcará al menos cualquier situación en la que las categorías de personas contempladas en el apartado 2 tengan, directa o indirectamente, un interés particular en el resultado del procedimiento de contratación, que pueda percibirse como un impedimento para la ejecución imparcial y objetiva de sus funciones. A efectos del presente artículo, se entenderá por «intereses particulares» los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales».
61. La OLAF fue creada por la Comisión Europea en 1999 por Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de 28 de abril, con la misión de proteger los intereses financieros de la UE, combatir el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad irregular, incluidas las que puedan sucederse dentro de las instituciones europeas (DOCE L 136, de 31 de mayo de 1999).

nancieras a los contratistas, candidatos o licitadores que «hayan incurrido en falsas declaraciones en relación con la información exigida por el órgano de contratación para poder participar en el procedimiento de contratación o no hayan facilitado dicha información», y a los contratistas que han sido declarados culpables de incumplimiento grave de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato financiado con el presupuesto de la Unión.

Por lo que respecta a la integridad en los procedimientos, hemos de destacar también que el artículo 116 del Reglamento 966/2012 establece que de comprobarse que en el procedimiento de adjudicación ha habido errores sustanciales, irregularidades o fraude, el órgano de contratación lo suspenderá y podrá adoptar todas las medidas que considere necesarias, incluida la anulación del procedimiento⁶². Además de ello, en el supuesto que dichos errores, irregularidades o fraude sean imputables al contratista, el órgano de contratación podrá denegar el pago, recuperar los importes ya pagados o rescindir todos los contratos concluidos con dicho contratista, en función de la gravedad de tales errores, irregularidades o fraude.

Por último, otro de los aspectos que merecen nuestra atención, se refiere al seguimiento y la comunicación de información sobre los supuestos de fraude, corrupción y otras actividades ilegales que habilitan la exclusión de un procedimiento de adjudicación contractual. El Reglamento financiero prevé la existencia de una base de datos en materia de exclusión –creada y gestionada por la Comisión– que contenga información detallada sobre los candidatos y licitadores que se encuentren incurso en alguna de las situaciones de exclusión contempladas en dicho Reglamento (artículo 108 del Reglamento 966/2012 y artículo 144 Reglamento de desarrollo).

No obstante, y a pesar de constituir una importante herramienta para el intercambio de información en esta materia, la Comisión en su *Informe del año 2010 sobre protección de los intereses financieros de la UE*, admite que el uso de esta base central de exclusiones es todavía muy limitado, puesto que solamente cinco Estados miembros admiten estar utilizándola (Bélgica, República Checa, Malta, Austria y Polonia) y que algunos Estados miembros –como Dinamarca, Irlanda, Hungría, Eslovenia, Suecia y España– utilizan sus propias bases de datos⁶³.

62. Conforme al artículo 166 del Reglamento de desarrollo «será constitutiva de error o irregularidad sustancial toda infracción de una disposición contractual o reglamentaria resultante de una acción u omisión que acarree o pueda acarrear un perjuicio al presupuesto de la Unión».

63. En relación con el uso de la base central de exclusiones resulta también de interés los

IV. REFLEXIONES FINALES

Dado que uno de los objetivos pretendidos con la modificación de la regulación europea de la contratación pública es incrementar la eficiencia del gasto público, entiendo que debiera entrarse a valorar la conveniencia de atender al modelo de regulación que nos presentan las normas financieras de la Unión en cuanto a la salvaguardia de sus intereses financieros, la flexibilización de los procedimientos en atención a la cuantía de los contratos y la reducción de la carga administrativa en la selección del contratista.

Además de ello, y dado el interés de la Unión Europea en la protección de sus intereses financieros para consolidar la confianza pública, las nuevas Directivas debieran profundizar también en aquellos aspectos referidos a la prevención de la corrupción y el favoritismo en la contratación, y no únicamente en la fase de selección del contratista, sino también desde previsiones específicas que regulen los conflictos de intereses y los supuestos de irregularidades durante todo el proceso contractual.

En atención a la necesidad de combatir estas prácticas irregulares desde criterios comunes, el desafío está en encontrar el justo equilibrio entre la acción europea y la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin desconocer que las normas presupuestarias del Reglamento financiero ya contemplan disposiciones a este efecto, que quizá puedan servir de referente para la nueva regulación contractual.

V. ANEXO

Tabla de correspondencias

Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002	Nuevo Reglamento (UE, Euratom) 966/2012	Títulos
TÍTULO V	TÍTULO V	DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
CAPÍTULO 1	CAPÍTULO 1	Disposiciones generales
Sección 1	Sección 1	Ámbito de aplicación y principios de adjudicación
Artículo 88	Artículo 101	Definición de contratos públicos

datos que aporta uno de los documentos de trabajo de la Comisión que acompaña al Informe del año 2011, sobre protección de los intereses financieros de la UE y la lucha contra el fraude, COM (408) final y SWD (2012) 228 final, de 19 de julio de 2012, pp. 4 y 5.

OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS 2012

Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002	Nuevo Reglamento (UE, Euratom) 966/2012	Títulos
Artículo 89	Artículo 102	Principios aplicables a los contratos públicos
Sección 2	Sección 2	Publicación
Artículo 90	Artículo 103	Publicación de los contratos públicos
Sección 3	Sección 3	Procedimientos de contratación pública
Artículo 91	Artículo 104	Procedimientos de contratación pública
Artículo 92	Artículo 105	Contenido de los documentos de licitación
Artículo 93	Artículo 106	Criterios de exclusión aplicables a la participación en los procedimientos de contratación pública
Artículo 94	Artículo 107	Criterios de exclusión aplicables a las adjudicaciones
Artículo 95	Artículo 108	Base de datos central en materia de exclusión
Artículo 96	Artículo 109	Sanciones administrativas y financieras
Artículo 97	Artículo 110	Criterios de adjudicación de los contratos
Artículo 98	Artículo 111	Presentación de las ofertas
Artículo 99	Artículo 112	Principios de igualdad de trato y de transparencia
Artículo 100	Artículo 113	La decisión de adjudicación
Artículo 101	Artículo 114	Anulación del procedimiento de contratación pública
Sección 4	Sección 4	Garantías y medidas correctivas
Artículo 102	Artículo 115	Garantías
Artículo 103	Artículo 116	Errores, irregularidades y fraude en el procedimiento
CAPÍTULO 2	CAPÍTULO 2	Disposiciones aplicables a los contratos otorgados por las instituciones por cuenta propia

IV. LAS DISPOSICIONES FINANCIERAS DE LA UNIÓN EUROPEA...

Reglamento (CE, Euratom) 1605/2002	Nuevo Reglamento (UE, Euratom) 966/2012	Títulos
Artículo 104	Artículo 117	El órgano de contratación
Artículo 105	Artículo 118	Límites aplicables
Artículo 106	Artículo 119	Normas aplicables a la participación en las licitaciones
Artículo 107	Artículo 120	Normas de contratación pública de la Organización Mundial del Comercio
TÍTULO IV	TÍTULO IV	ACCIONES EXTERIORES
CAPÍTULO 3	CAPÍTULO 3	De la contratación pública
Artículo 167	Artículo 190	Contratación pública de acciones exteriores
Artículo 168	Artículo 191	Normas relativas a la participación en licitaciones
TERCERA PARTE	TERCERA PARTE	DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS
Artículo 185	Artículo 208	Reglamento financiero marco para organismos creados de conformidad con el TFUE y el Tratado Euratom
—	Artículo 209	Reglamento financiero tipo para los organismos de las colaboraciones público-privadas

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S., «Modernising the European Union's public procurement regime: A blueprint for real simplicity and flexibility», *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, pp. 71-82.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° monográfico XII, 2010, pp. 409-443.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *REDA*, n° 147, julio-septiembre 2010, pp. 517-535.
- GIMENO FELIÚ, J. M^a, et al., «Towards efficiency in public procurement: simplifying procedures and reducing the administrative burden», paper pre-

sentado a la V International Public Procurement Conference (IPPC5) 2012, celebrada en Seattle (Washington), los días 17 al 19 de agosto 2012.

- MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en la obra colectiva *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 43-101.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, n° 7382, 16 de abril de 2010, pp. 1-10.
- MORENO MOLINA, J. A., «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 105-124.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M. Á., «La contratación pública y del Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en la obra colectiva dirigida por GIMENO FELIÚ, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 23-41.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «¿Es imposible el diálogo en la reforma de la normativa comunitaria de contratación pública? El Consejo y el Parlamento Europeo siguen caminos paralelos», artículo de opinión publicado el 6 de febrero de 2013 en <http://www.obcp.es/>.
- SANMARTÍN MORA, M^a. A., «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en la obra *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 407-433.
- VILLAREJO GALENDE, H., «Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo», en la obra colectiva *Libro Marrón: Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 433-495.

III. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)

MERCEDES FUERTES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de León

I. PORQUE LOS RIELES DEBEN SER PARALELOS

Con una actitud paciente y esperanzada que quiere emular a la Penélope de Odiseo, llevamos muchos años tejiendo y tejiendo estudios y razonamientos pensando en la construcción de un Derecho comunitario europeo. Con respeto leemos Reglamentos y Directivas, reparamos en las sentencias del Tribunal de Justicia, advertimos cómo se introducen las nuevas previsiones comunitarias en el Derecho interno y, a veces, mostramos disgusto si consideramos que no es suficientemente correcta esa adaptación. Todos esos hilos permiten, al menos yo así lo intento, trenzar una trama que contribuya a la formación del Derecho europeo. Lo hacemos con esfuerzo porque somos conscientes de algunas dificultades. Armonizar más de veinte Ordenamientos jurídicos, cuya tradición y formación son distintas, donde no siempre existen las mismas instituciones constituye una tarea ciertamente compleja. Nada fácil es comparar e integrar regímenes cuando algunos desconocen instituciones y figuras para otros básicas, cuando la filosofía e idiosincrasia son variadas, cuando hay tradiciones venerables. Si eso genera ya complicaciones, las traducciones realizadas no siempre se acomodan al pensamiento jurídico. Y, por si no fuera ya suficiente trabajo tratar de sortear esos obstáculos, se presentan también problemas por la distinta perspec-

tiva que los Ordenamientos, ya el europeo, ya los de los Estados miembros, adoptan al regular las mismas materias o sectores. El ámbito de la contratación pública es ejemplo paradigmático.

Desde hace décadas se esfuerzan las instituciones comunitarias en establecer un marco común para determinados contratos públicos con el fin de conseguir un mercado único interno en Europa. Cientos de documentos e informes se han publicado y existe, como bien sabemos, un cuerpo normativo bastante completo con relación a muchos contratos públicos con el fin de que exista una mínima igualdad de trato, desaparezcan las discriminaciones y se fomente la mejor competencia entre los empresarios. Del mismo modo, desde la adhesión de España a las entonces Comunidades europeas se ha trabajado con ahínco para seguir esa trepidante actividad comunitaria, que no se concede descanso ni siquiera para advertir sus efectos. Son insuficientes los dedos de las dos manos para enumerar el recordatorio de las sucesivas reformas de la legislación de contratos de las Administraciones, hoy del sector público en su conjunto, que pretende presentar, como es lógico, el peculiar régimen sustantivo de los contratos administrativos.

Tanta modificación podría llevar a pensar que la legislación derogada era un fracaso. Rechazo esa impresión. A mi juicio, no se ha dado tiempo para advertir los efectos de los cambios porque llamaba ya a la puerta de la entrada en vigor una nueva mudanza. Hay quien barrunta que las alteraciones han derivado del peligroso juego de eludir la armonización comunitaria y, quizás, no le falte razón, cuando varias sentencias del Tribunal de Justicia europeo han condenado a España por incumplimiento de la normativa europea y era, en consecuencia, obligada la modificación.

Pero lo que más me preocupa en la actualidad es que tanto cambio, tanta reforma y enmienda, tanto documento, libros blancos, verdes e informes de las instituciones comunitarias hayan originado una enorme inseguridad jurídica, destino contrario a la actividad normativa.

Una muestra de esa incertidumbre lo constituye el problema al que quiero atender, esto es, la diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios públicos. Y ya que he mencionado el destino de la seguridad jurídica, tengo la impresión de que como dos rieles –un carril las instituciones comunitarias y otro el legislador español– se ha avanzado regulando la contratación pública. Aparentemente en paralelo. Aparentemente siguiendo la misma dirección, al utilizar los mismos términos, a saber, contratos de servicios y concesiones de servicios.

Pero, en realidad, los esforzados «ferroviarios» tienen la mirada puesta en horizontes distintos, en significados diferentes, y eso es dramático para el tren del Derecho que sobre esos raíles ha de avanzar. El descarrilamiento se producirá si no se enderezan y acoplan de manera adecuada esos carriles, esos conceptos¹.

Y es que no se está dando la misma interpretación a las concesiones de servicios públicos en las instituciones comunitarias, que la que tradicionalmente se ha edificado en España. Ni tampoco tienen el mismo ámbito acotado los contratos de servicios. Las contradicciones y conflictos se incrementan y, de ahí, que sea oportuno detenerse unos momentos y mirar atrás, hacia el camino recorrido, el sentido que tenían esos raíles y si han existido desviaciones. Conviene repasar el trayecto andado.

II. LAS SUCESIVAS TRAVIESAS DE LA NORMATIVA EUROPEA

Bien se han contado los primeros pasos que las instituciones europeas dieron para afrontar el camino de la regulación de la contratación pública. Fue determinante la influencia alemana en esos inicios, que dio como resultado la redacción de las dos primeras Directivas en la década de los setenta dirigidas a armonizar los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, por un lado, y los de suministros, por otro².

1. Son muy recientes dos estudios que también abordan esta cuestión, el de J. M^a GIMENO FELIU, «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *REDA*, n^o 156, pp. 17 y ss.; y M. M^a RÁZQUIN LIZARRAGA, «El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contracutal (comentario a las sentencia del Tribunal de justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)», en el *Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3549 y ss. del II tomo.
2. Con apoyo en las previsiones de los Tratados relativas a la no discriminación, a las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios se aprueban unos «programas generales» de acción por el Consejo, que incitan a que se puedan presentar ofertas en los contratos de los Estados; después la Directiva de la Comisión 70/32, de 17 de diciembre de 1969, sobre los suministros de productos y a continuación la Directiva del Consejo 71/304, de 26 de julio de 1971, sobre la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obras. Como es conocido, las primeras Directivas se dirigen a armonizar los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras y de suministro (Directivas 71/305, de 26 de julio de 1971 y, 77/62, de 21 de diciembre de 1976). Sobre la evolución de la normativa comunitaria de la contratación pública, sirva el recordatorio, por todos de los completos trabajos de J. L. PIÑAR MAÑAS, «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley», en la obra colectiva dirigida por R. Gómez-Ferrer, *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1^a ed. 1996, 2^a ed., 2004; y las dos completas monografías de J. A. MORENO

Unos años después, un estudio promovido por la Comisión europea exhaló aires de cierta decepción ante la inexistencia de resultados tangibles a esas propuestas. En resumen concluía que: bien algunos Estados no habían incorporado las citadas Directivas a su Ordenamiento interno, que quienes las habían incorporado, lo habían hecho de manera defectuosa e, incluso, que se observaba un sistemático incumplimiento³. Es cierto que la crisis económica de los años setenta había originado unas actuaciones de mayor protección pública a favor de las respectivas empresas nacionales. Pero esa conciencia no mitigaba la desazón generada.

La convicción de las ventajas que traería la creación de un auténtico mercado común interior impulsó la redacción de un Libro blanco. En sus páginas encontró amplio acomodo la idea de establecer unas reglas similares para adjudicar los contratos de los poderes públicos y, no sólo, los suministros u obras, como hasta entonces estaba previsto, sino también actividades de servicios. Al mismo tiempo se colocó la lupa sobre algunos sectores económicos que habían quedado excluidos con anterioridad, porque en muchos países eran responsabilidad de empresas públicas. La reforma del Tratado de Roma, a través del Acta única europea, facilitó la aprobación por parte del Consejo de normas para avanzar en ese mercado interior, porque postergó la regla de la unanimidad y exigió sólo alcanzar el consenso mediante una mayoría cualificada⁴.

Se inician, en consecuencia, nuevos estudios con el fin de proponer reformas en las directivas relativas a los contratos de obras y de suministros; aprobar otra directriz que atienda a sectores especiales básicos para el desarrollo social y económico, como sabemos: agua, energía, transporte y comunicaciones; otra, que permita controlar el efectivo cumplimiento de esa normativa regulando un rápido sistema de impugnación, así como, otra que armonice los procedimientos de adjudicación de muchos contratos de servicios⁵.

MOLINA, *Contratos públicos: derecho comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996; y M. M^a RÁZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

3. Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos, COM (84) 717 final, de 14 de diciembre de 1984.
4. «La consecución del mercado interior. Libro blanco de la Comisión dirigido al Consejo europeo», COM (85) 310 final. Sobre la reforma del Tratado de Roma, entre otros, J. M. BENEYTO *Europa 1992. El Acta Única Europea: mercado interior y cooperación política europea*, Civitas, Madrid, 1989.
5. Son bien conocidas las Directivas que se aprueban en la década de los 90, por lo que me eximo de facilitar la referencia específica de fechas, así como la abundante bibliografía. Sirva, además del recuerdo de las monografías ya citadas, el recordatorio del estudio específico de D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Varias precisiones conviene recordar a los efectos que aquí nos interesan, esto es, la delimitación de las concesiones de servicios públicos frente a los contratos de servicios, porque fue conflictiva la demarcación del ámbito de los servicios afectados. Muchos quedaron excluidos en la descripción pragmática que se hace del objeto del contrato en los primeros preceptos de la Directiva. Pero, además, quedaron fuera de su ámbito de aplicación las concesiones de servicios públicos que sí habían sido incluidas en las primeras propuestas presentadas por la Comisión europea⁶.

La distinta concepción jurídica en muchos Estados europeos con relación a la prestación de servicios, sobre todo en los países que han bebido de las fuentes francesas del servicio público, originó que se excluyeran las concesiones del ámbito de aplicación con el fin de no generar desigualdades en la forma de prestación de los servicios públicos. Un documento de compromiso del Consejo europeo así lo recoge. De tal modo que desaparecieron de la redacción final de la Directiva de servicios todas las referencias a las concesiones de servicios públicos. Tampoco quedó alusión alguna a las concesiones de servicios públicos en la Directiva que atendía a los procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones⁷.

6. Véanse el documento COM (90) 372, de 6 de diciembre de 1991, que recogía la propuesta de directa. La propuesta modificada COM (91) 322, de 30 de agosto de 1991, justificaba en su décimo considerando la inclusión de las concesiones de servicio público «por coherencia» de atender a los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, del mismo modo que al regular los procedimientos de adjudicación de obras se había incluido la concesión de obras públicas. De ahí que se exigiera la publicidad de las convocatorias de concesiones de servicios a partir de un cierto umbral. Recuérdese que se había modificado la Directiva que regulaba los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras en 1989 para incluir precisamente los contratos de concesión de obras públicas (Directiva 89/440, de 18 de julio). En los citados documentos de la Comisión que proponían la regulación de los procedimientos para adjudicar las concesiones de servicios públicos se incluía la definición que nos vamos a encontrar con posterioridad, esto es, aquellos en los que el poder público «*transfiere la ejecución de un servicio público de su competencia a dicha entidad y ésta acepta prestar el servicio a cambio del derecho a explotarlo o este derecho acompañado de una remuneración*» (letra h del art. 1º); y el régimen que pretendía establecerse era paralelo al introducido para los contratos de servicios. Sobre las modificaciones padecidas por la propuesta inicial de la Comisión y las justificaciones de las excepciones, puede verse el resumen que realizan C. GUTIÉRREZ VICÉN y A. DORREGO DE CARLOS, «Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración» en la obra colectiva dirigida por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 748.
7. Documento 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, Motivación del Consejo, adjuntado a la posición común de la misma fecha, en concreto el punto 6. Como recuerda J. A. MORENO MOLINA en la obra citada *Contratos públicos...* (p. 187), la doctrina fran-

José María GIMENO ha apuntado que, si se hubieran incorporado las concesiones de servicios públicos y se hubiera abierto ese mercado de contratación pública, se hubiera generado un desequilibrio entre los mercados de los distintos países europeos⁸. Pero, a mi juicio, el desequilibrio se originó porque en los países que desconocen la concesión de servicio público, debían abrir sus mercados a servicios que en otros se gestionaban mediante concesión.

Esa diferencia es la que abre el interrogante de cómo han de calificarse algunos contratos, si como concesiones o como meros servicios sometidos a la regulación que armoniza el procedimiento de adjudicación. Es más, adviértase que se utilizaba el término «concesión», lo que origina una nueva cuestión, la de precisar si están o no excluidas otras formas de gestión indirecta de los servicios públicos, contratos distintos a los de servicios en la normativa española. Personalmente me inclino por su exclusión⁹.

Pero sigamos reparando en las sucesivas traviesas que se colocaron en el carril del Derecho comunitario.

Sabemos que en 2004 se aprueba otra importante reforma de las Directivas de contratación pública y las concesiones de servicios públicos siguen quedando fuera de la nueva regulación. De manera explícita se establece su exclusión¹⁰. Durante todos esos años intermedios, las

cesa se ocupó de este problema. Sirva el recordatorio, por todos, de la obra colectiva *Concession de service public face au Droit communautaire*, Ed. Sirey, Paris, 1992. Con relación a la Directiva, no sólo se suprimieron todas las menciones a las concesiones de servicios públicos, sino que también se cambió la redacción del considerando octavo para precisar que la Directiva «se refiere sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público; que quedan excluidas las prestaciones de servicios con arreglo a otros instrumentos jurídicos, como leyes, disposiciones administrativas». También alude a situación francesa S. GONZÁLEZ VARAS, *Tratado de Derecho administrativo*. IV. Contratación pública, Thomson, Pamplona, 2ª ed. 2012, p. 100.

8. Observatorio de contratos públicos 2010 Thomson, Pamplona, p. 41.
9. Es cuestión bien interesante ésta de analizar si la utilización por las Directivas de ese término «concesión» ha de interpretarse en sentido estricto o incluye todas las formas de gestión de servicios públicos. Con ciertos matices, me inclino por esta segunda opinión, de manera similar a J. F. ALENZA GARCÍA, en su trabajo «Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos» publicado en la obra colectiva *Comentarios a la Ley foral de contratos públicos*, Pamplona, pp. 458 y ss.; y es que quedaron también excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos de servicios aquellos contratos en los que se atribuyen servicios con derechos exclusivos (art. 6). En sentido contrario argumenta, M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor, 2010, en especial, pp. 93 y ss.
10. Así, en el artículo 18 de la Directiva que regula los procedimientos de contratación de los sectores especiales, como en los artículos 17 y 18 de la Directiva que armoniza

instituciones europeas no descansaron y realizaron consultas y publicaron informes y criterios de interpretación sobre el régimen jurídico de las concesiones otorgadas por los poderes públicos.

Teniendo presente los elementos que delimitan las concesiones de obras, como si de una guía se tratara, se trazaron también los rasgos que pueden configurar las concesiones de servicios. En concreto, por un lado, la existencia de una actividad de explotación, no sobre un bien público, pero sí de un servicio público. Se entiende que el concesionario asume la responsabilidad de la explotación y, por ello, un riesgo con la instalación y el desenvolvimiento de las prestaciones. Riesgo que también se presenta porque parte de la retribución se cobra normalmente mediante tarifas a los usuarios del servicio. Por otro, las concesiones normalmente quedan circunscritas a actividades reservadas. En todo caso, se insiste en que existen disposiciones generales en los Tratados que, en todo caso, deben respetarse en el otorgamiento de las concesiones. Tal ocurre con relación a los principios de transparencia, proporcionalidad e igualdad de trato¹¹.

Esas pautas son las que, con carácter general, deberían atenderse en la adjudicación de concesiones de servicios hasta que vea la luz del Diario oficial la propuesta de Directiva que se está ultimando, pues los trámites para su aprobación están muy avanzados¹². Haré una alusión a la misma con posterioridad siendo consciente de que el texto, aunque muy perfilado, puede ser todavía objeto de modificaciones ante cierta contestación que ha generado¹³.

los procedimientos de los contratos de obras, suministros y servicios. Debe advertirse que únicamente en ésta se precisa que cuando se adjudique un servicio público deberá obligar el poder público a la empresa a que en los suministros que contrate no incurra en discriminación de empresarios (art. 3).

11. Por ejemplo, la Comisión europea promovió una consulta pública para preguntar cómo debían aplicarse las normas del Tratado en las concesiones de servicio público (febrero de 1999). Los resultados de estas consideraciones se recogieron en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario, que se publicó en el Diario oficial el día 29 de abril del año 2000 (2000/C 121/02).
12. El texto presentado por la Comisión tiene la referencia COM (2011) 897 final, de 20 de diciembre de 2011. Con anterioridad, tiene interés también el Libro verde sobre la modernización de la política de la contratación pública COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011, que afirma que no ha tratado las concesiones de servicios públicos.
13. Por ejemplo, el Informe del Comité económico y social, publicado en el Diario oficial del día 26 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el Diario Oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74) ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan

Ante ese vacío normativo, interesa ahora recordar cuáles han sido los criterios utilizados por el Tribunal de Justicia en los conflictos que han llegado a la sede de Luxemburgo.

III. AVANCES Y DISONANCIAS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene encomendada la interpretación del Derecho comunitario¹⁴. De ahí que sea tan importante conocer su opinión puesto que ha sido el Derecho comunitario el que ha generado estas incertidumbres sobre las diferencias de los contratos públicos. En el Derecho interno la discusión sobre la calificación de los contratos se ha producido en unos contornos más limitados, como recordaré *infra*.

Hemos de ser conscientes de que el Derecho comunitario puede ocupar los campos donde se desenvolvían clásicas figuras jurídicas y darles una nueva perspectiva, una diferente función, otro significado diverso al decantado por nuestra tradición jurídica. No hay que ser reacio a los cambios. Eso podría ocurrir con las concesiones de servicios públicos, que se transformaran y entendieran de manera distinta o que, incluso, perdieran su singularidad y retornaran al régimen común de los contratos de servicios.

Por ello hay que acudir a esa fuente y repasar su jurisprudencia

diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las concesiones de servicios que *«ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; ... insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior»*. Como curiosidad un ejemplo de los problemas de traducción fue otro Informe del Parlamento europeo sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de «servicio de concurso» en lugar de concesiones de servicios públicos.

14. Son suficientemente significativas, a la hora de insistir en esta labor del Tribunal comunitario, las sentencias de 20 de octubre de 2005 (C-264/03) y de 18 de enero de 2007 (C-220/05). Sobre las funciones del Tribunal, sirva la remisión al trabajo de D. Ruiz-Jarabo, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa», *Noticias de la Unión europea*, n° 291, 2009, pp. 31 y ss., así como la bibliografía que en el mismo se cita.

que, en el problema que ahora nos interesa, ha ido poniendo sobre el terreno algunos criterios de diferenciación a través de sucesivas matizaciones. Tales precisiones me han llevado a preferir que el lector me siga en una suerte de recorrido cronológico, en lugar de intentar de manera directa un análisis sistemático. También el ánimo de tomar mayor conciencia de hasta qué punto esta cuestión ha generado muchas polémicas, porque aparecerán en este trayecto ordenado por sus fechas algunas aparentes contradicciones. Me mueve, además, la intención de distanciarme de la cita de las sentencias que realizamos con frecuencia sólo a través del correspondiente guarismo de referencia o de un resumen de alguna frase final que se considera concluyente. Estas prácticas motivan que las entrañas del debate se vayan alejando y generen en muchas ocasiones el olvido del contexto del que surgieron y los muchos matices y distinguos sobre los que reflexionaron los magistrados en su día. Es cierto que los extractos son útiles y necesarios ante nuestras limitadas capacidades y la ingente agitación derivada de la inmensa avalancha de sentencias y normas comunitarias. Pero démonos unos minutos para detenernos y recordar los hitos jurisprudenciales que nos han conducido a la incertidumbre actual.

Fijo como punto de partida la sentencia de 26 de abril de 1994 (C-272/91) en la que el Tribunal se pronunció sobre la denuncia presentada por la Comisión europea frente a la República de Italia. Consideraba la citada institución que se ha incumplido el Derecho comunitario, entre otros aspectos, al no remitir los oportunos anuncios previos a la celebración de una licitación dirigida a otorgar la concesión de un sistema automatizado del juego de lotería que, además, se reservaba a asociaciones, sociedades o grupos en los que la participación mayoritaria fuera pública.

Al argumentar su decisión, el Tribunal de Justicia afirmó que no podía calificarse el contrato como una concesión de servicios. Es cierto que se facilitaban los locales e instalaciones, que se exigía su mantenimiento, que se establecía la obligación de transmisión de datos y otras prestaciones en el pliego de cláusulas, sin embargo, no se producía ninguna transferencia de responsabilidades al contratista sobre las distintas actividades y operaciones del juego. Seguía siendo la Administración pública la responsable del funcionamiento de la lotería. El contratista sólo debía registrar, controlar y transmitir los datos. Esa falta de transferencia de cualquier responsabilidad o riesgo es el criterio esencial de decisión, que se repetirá en pronunciamientos posteriores como veremos, y el que conduce a calificar el contrato como servicios, no como

una concesión de un servicio público. En consecuencia, el Tribunal declara que se ha incumplido el Derecho comunitario.

Otra relevante sentencia tiene fecha de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96), bien conocida porque ha sido objeto de atinados análisis por los diversos asuntos interesantes que ofrece, tales como qué ha de entenderse por organismo público en las Directivas de contratación pública, la conexión entre las actividades de interés público o el ejercicio de actividades económicas que desempeñan algunos organismos¹⁵. Sin embargo, no traigo ahora aquí este pronunciamiento por ninguno de esos trascendentes aspectos, sino porque en el mismo el Gobierno de Francia apuntó en sus alegaciones la posibilidad de considerar el acuerdo de los municipios holandeses como una concesión de servicio público.

Recordemos que los municipios de Arnhem y Rheden habían creado una sociedad anónima a la que le encomendaron la recogida de basuras y la limpieza de la vía pública. Los convenios de los Ayuntamientos con la sociedad conjunta fueron impugnados por la mercantil BFI Holding. Ese proceso judicial es el que llega a Luxemburgo. Ante la citada alegación del Gobierno francés, el Tribunal afirmó que esa perspectiva no había sido planteada entre las cuestiones prejudiciales; pero que, en todo caso, de la documentación aportada por los municipios se desprendía que la retribución pagada a la empresa creada consistía únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio. Esa es la idea que genera el rechazo de la calificación como concesión y parece que traslada, como un péndulo, la naturaleza hacia un contrato de servicios.

Sin embargo, tampoco hay tal contrato de servicios. La creación de una sociedad conjunta para la prestación de un servicio público es un modo de gestión. Bien ha explicado la mejor doctrina las diferencias entre las concesiones de servicios y la constitución de sociedades municipales para prestar servicios públicos; y que no hay tal transferencia de una concesión a una sociedad municipal, sino la mera aportación de una función en exclusiva que tiene un indudable valor patrimonial. De ahí que, en modo alguno, deba seguirse la tramitación de un procedimiento administrativo para adjudicar una concesión porque la decisión municipal es fruto de su discrecionalidad en elegir el modo de la gestión de los servicios públicos y, en la creación de una sociedad íntegramente

15. Sirva de los muchos trabajos publicados, el recordatorio del artículo de J. M^a GIMENO FELIU, «La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública», *RAP*, 151, pp. 425 y ss.

pública, como fórmula de gestión directa, no rigen las previsiones de la contratación. Es más, es sabido que con esta sentencia es la que se inicia, aunque sea de manera muy escueta, la explicación del peculiar régimen de los contratos domésticos en el Derecho comunitario¹⁶.

Dos años después, el Tribunal vuelve a tener sobre su mesa la respuesta a varias cuestiones prejudiciales que inciden en la necesidad de precisar la calificación de unos contratos y decidir si se trata de servicios o concesiones. La semilla del conflicto fue el anuncio de convocatoria que realizó Telekom Austria, sociedad íntegramente pública, con el fin de que se presentaran ofertas para adjudicar un contrato cuya prestación esencial era la elaboración y publicación de guías telefónicas. Dos empresas privadas entendieron que debía someterse a las normas de Derecho comunitario, bien respetar la Directiva que regula la adjudicación de los contratos de servicios o bien, en su defecto, la que atiende a los contratos en los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones.

En la sentencia, que tiene fecha 7 de diciembre de 2000 (C-324/98), se recuerda que las concesiones de servicios habían quedado hasta ese momento fuera de la regulación de los procedimientos para adjudicar determinados contratos públicos, así como también en los sectores señalados. El objeto del contrato discutido, esto es, la elaboración y publicación de guías telefónicas, sí constituía un servicio incluido dentro de la Directiva. Sin embargo, la contrapartida ofrecida por la empresa pública adjudicataria no era una directa remuneración monetaria, sino el derecho a explotar ese servicio, explotación de la cual la empresa privada obtendría una remuneración. Ese es el elemento determinante que califica, a juicio de la Sala, el contrato como concesión de servicios públicos. En todo caso, el hecho de quedar excluido del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos de servicios no suponía que quedara extra muros del Derecho comunitario. Deben respetarse las previsiones contenidas en los Tratados, en especial, los principios de igualdad y transparencia.

El 30 de mayo de 2002 (C-358/00) dictó el Tribunal un Auto en el que vuelve a reiterar que las concesiones de servicios públicos están excluidas de manera consciente de la regulación de la Directiva de los

16. Explica bien la distinción F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson, 2008, pp. 345 y ss. Sobre la contratación doméstica, pueden leerse las consideraciones del mismo autor en «El empleo de los "recursos propios" por las Administraciones locales», en el *Libro homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo. Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1309 y ss.

contratos de servicios. Llega hasta el Tribunal de Justicia como cuestión prejudicial el conflicto que había suscitado una editorial alemana al recurrir la decisión de la Biblioteca Alemana. Este organismo público elabora, entre otras funciones, la bibliografía de las obras impresas en lengua alemana. Pues bien, la Biblioteca había convocado un anuncio para contratar la reproducción y difusión de la bibliografía a través de medios impresos e informáticos. La empresa adjudicataria obtendría el derecho exclusivo de su reproducción y difusión, lo que realizaría a su costa y abonaría a la Biblioteca alemana un canon en función del volumen de ventas, que supervisaría la reproducción y difusión.

La decisión de adjudicación se impugna ante los Tribunales alemanes por una empresa editorial al considerar que los contratos de edición están incluidos en el Anexo I A de la Directiva de contratos de servicios. La Sala insiste, reiterando los argumentos explicitados en la anterior sentencia –de ahí que se trate de un Auto motivado–, en que las concesiones de servicio público están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos de servicios. De la documentación remitida por el Tribunal alemán, se deducía que se trataba de una concesión de servicios públicos porque el servicio era de interés general y porque el contrato suponía el derecho a explotar la difusión de la información bibliográfica, corriendo con el riesgo. El organismo público no remuneraba directamente a la editorial. Al contrario, era editorial quien debía abonar un canon.

El siguiente hito que quiero recordar es el que ofrece la sentencia de 13 de octubre de 2005 (C-458/03), también muy conocida y comentada pues generó cierta discusión el tratamiento que ofreció sobre los convenios que suscribía el municipio de Brixen con una de sus empresas locales para la construcción y gestión de piscinas públicas y aparcamientos de vehículos¹⁷. Ahora interesa recordar qué dice el Tribunal sobre la calificación del contrato para gestionar un aparcamiento y es que se vuelve a suscitar el problema de su inclusión en la Directiva de contratos de servicios públicos.

Pues bien, después de reiterar que los contratos de servicios requieren que las contrapartidas a la prestación del contrato se abonen directamente por la entidad que adjudica el servicio y que en el presente conflicto la retribución del prestador, esto es, de la empresa municipal no

17. Entre otros comentarios puede leerse el que realizan F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, «¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación in house», *Revista La Ley*, nº 3/2007, pp. 1669 y ss

procedía del Ayuntamiento sino de las cantidades que satisfacían los usuarios del aparcamiento, se afirma lo siguiente «*esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos*». Esta frase se reiterará como salmodia en muchas sentencias posteriores y es una de las que ha podido generar ciertas confusiones al interpretarse como un aserto concluyente y cerrado.

Unos días después, el 27 de octubre de 2005 (C-234/03), otra Sala del Tribunal –la tercera– resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional de España. Se habían impugnado los pliegos de cláusulas administrativas que regirían los contratos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para prestar los servicios de terapias respiratorias domiciliarias, así como otras técnicas de respiración asistida. Las empresas recurrentes habían discutido la procedencia de exigir a los interesados, como requisito de admisión en la licitación pública, que dispusieran de una oficina abierta al público en las capitales de provincia donde se prestara el servicio, además de objetar otros singulares criterios de valoración. La sentencia del Tribunal europeo declara que la citada cláusula es contraria a la libertad de establecimiento sobre la que se edifica el Derecho comunitario¹⁸. Además, con relación a los efectos que aquí nos interesa, esto es, los criterios para diferenciar las concesiones de servicios públicos, el Tribunal rechaza desde sus primeras consideraciones la calificación de dicho contrato como una gestión de servicio público porque «la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión». A continuación recordó la Sala que «no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si éste es efectivamente el caso».

La Audiencia Nacional, ante quien se sustanciaba el recurso, anuló en su sentencia de 12 de abril de 2006 (RJCA 2006, 353) algunas de las cláusulas administrativas del pliego por entender que eran ciertamente discriminatorias y contradecían el Tratado comunitario, sin cuestionarse en ningún momento la naturaleza del contrato. Y es que de conformidad

18. De la misma fecha, 27 de octubre de 2005 (C-158/03), publica esa misma Sala otra sentencia que estima el recurso que había presentado la Comisión europea contra el Reino de España con motivo de esas cláusulas discriminatorias en las convocatorias del Instituto Nacional de Salud.

con la normativa de la Seguridad social, los ciudadanos contamos con esas saludables prestaciones sanitarias y los organismos encargados pueden suscribir conciertos, modalidad como bien sabemos de los contratos de gestión de servicios públicos¹⁹.

Pero advertimos ya con este conflicto cómo las instituciones comunitarias tienen una visión muy reducida de las concesiones de servicio y, sobre todo, no han acogido otras modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos. Probablemente se deba a ello la introducción de esa gran categoría de las «colaboraciones público-privadas» que también origina otros conflictos, en los que entrar constituiría directamente una tortura para el lector.

En esta misma época vuelve a pronunciarse la sala primera del Tribunal, la misma que había dictado la sentencia sobre el conflicto en Brixen, y lo hace ahora para analizar la actuación del Ayuntamiento austriaco de Mödling. La resolución tiene fecha de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04) y es también muy conocida porque su cita resulta obligada al atender a la doctrina de los contratos domésticos. Pero recordemos las líneas del conflicto: el citado Ayuntamiento había creado una sociedad municipal a la que atribuyó la gestión de recogida y tratamiento de residuos por tiempo indefinido. La sociedad percibiría una retribución del Ayuntamiento en función de los cubos de basura y contenedores vaciados. A los pocos días de adoptarse esos acuerdos, el Ayuntamiento vendió un porcentaje bien significativo de las participaciones sociales –en concreto, el 49%– a una compañía mercantil, lo que condujo a la modificación de algunas cláusulas de los estatutos sociales.

La Comisión denunció el incumplimiento de la Directiva de servicios y la defensa austriaca centró su defensa en el carácter «interno» que tenía la relación entre el Ayuntamiento y la sociedad municipal. Como sabemos, esa argumentación fracasó porque no puede aplicarse la doctrina de los contratos domésticos a las sociedades mixtas con participación de capital privado.

El Tribunal declaró que se había incumplido la Directiva de servicios porque «la recogida y el tratamiento de residuos constituyen servi-

19. Así se deduce del artículo 199 del Texto refundido de la legislación de seguridad social y de la mención a la prestación de servicios sanitarios que realiza la Ley de contratos del sector público en sede del contrato de gestión de servicios públicos (por ejemplo, en su art. 278). Esta cuestión, por cierto, que fue tratado por la Junta consultiva de contratación administrativa en su Informe nº 37, de 24 de octubre de 1995; y así sigue calificándolos, como gestión de servicios públicos, el Instituto nacional de gestión sanitaria en las convocatorias que realiza.

cios contemplados en el artículo 8 y en el anexo I A de la referida Directiva» y el valor del contrato había superado los umbrales establecidos en la normativa comunitaria para imponer los procedimientos públicos de contratación. Discrepo de esta conclusión.

Porque, si bien es cierto que el Anexo IA de la Directiva incluye los servicios de basuras con sus respectivos códigos numéricos, eso no significa de manera inmediata que todos los contratos relativos a esas actividades minuciosamente catalogadas deban satisfacer los procedimientos establecidos en el citado artículo 8º de la Directiva. Quedarán excluidos aquellos servicios a los que no se aplica la citada directriz como los otorgamientos de concesiones de servicios públicos o cuando se otorgan como un derecho exclusivo a otros organismos públicos, como prevé la misma norma en su artículo sexto.

El Ayuntamiento austriaco incumplió el Derecho comunitario porque permitió que una empresa privada accediera a la prestación de un servicio sin haberse promovido una mínima publicidad y concurrencia competitiva como exige el Tratado. Pero ese contrato no estaba comprendido en la Directiva de servicios y, por ello, a mi juicio, no se podía afirmar que se hubiera incumplido.

La dificultad estriba en que no conoce todavía el Derecho comunitario una buena sistematización de los contratos de gestión de servicios públicos. Sólo ha excluido de la aplicación de la Directiva relativa a los contratos de servicios a las «concesiones» y, como he apuntado supra, muchos entienden que esa expresión ha de interpretarse en sentido estricto y no acoger los diversos modos de gestión indirecta de los servicios públicos. Esa interpretación rígida es la que ha llevado a que las instituciones comunitarias traten de regular esas especiales relaciones y hablen de colaboraciones público-privadas para figuras ya muy trilladas en algunos Ordenamientos europeos. Pero eso nos llevaría ahora a tratar otros problemas. Sigamos con otros pronunciamientos del Tribunal que resulta imprescindible conocer.

Tal es el caso de la sentencia de la sala segunda, que tiene fecha de 18 de julio de 2007 (c-382/05) y que también se refiere al servicio de basuras.

Los antecedentes del conflicto se desarrollaron en Italia. Desde el año 1999 existía la previsión que autorizaba la celebración de convenios para la utilización de la fracción residual de las basuras urbanas tras la recogida selectiva durante veinte años. Los procedimientos previos debían garantizar la transparencia, pero se habían establecido «como ex-

cepción a los procedimientos de licitación comunitaria»²⁰. En agosto de 2002, el Presidente de la Región de Sicilia, en su calidad de comisario delegado para la situación de emergencia originada por los riesgos de los residuos, inició los trámites para celebrar convenios sobre la utilización de los mismos. Publicó un anuncio de «información previa» en el Diario oficial de las comunidades europeas y otros más detallados en la Gaceta oficial de la Región de Sicilia. Cuatro convenios se firmaron con sendas empresas. Una denuncia, que recibe la Comisión europea, inicia un procedimiento de investigación en cuyo seno se solicita información a las autoridades italianas. Pero al no convencerle las explicaciones facilitadas, que razonaban a favor de la calificación de los acuerdos como concesiones de servicios públicos, la citada institución europea interpuso una demanda ante el Tribunal de Luxemburgo.

El núcleo del conflicto fue precisamente el debate en la calificación como contrato de servicio o como concesión de servicio público de los convenios firmados con varias empresas. Éstas recibían un canon de la Región de Sicilia y utilizaban los residuos para generar y vender la energía, a través de instalaciones térmicas. Negaba la Comisión europea el carácter de concesión de servicios porque, en su opinión, la retribución de las empresas no consistía en la explotación de un servicio percibiendo ingresos del usuario. Además, las empresas no asumían ningún riesgo al tener garantizada la transferencia de basuras y estar prevista la revisión del canon para asegurar el equilibrio económico.

Por el contrario, el Gobierno italiano defendía el carácter de concesión de servicios públicos de conformidad con su legislación y jurisprudencia. Entre los argumentos que esgrimió, subrayó el carácter de servicio de interés general, cuya continuidad debía garantizarse; que los usuarios, esto es, los vecinos, pagaban los impuestos a los Ayuntamientos y de esas cantidades derivaba el canon satisfecho por el Presidente de la región de Sicilia; que en los convenios se señalaba como obligación el tratamiento de los residuos para la generación de energía; que la relación se había suscrito durante veinte años ante las cuantiosas inversiones que tenían que realizar los empresarios (se apuntó la cifra de mil millones de euros); y, finalmente que la responsabilidad de la organización y gestión de los servicios era asumida por las empresas, manteniendo sólo la Administración las funciones de supervisión.

20. Orden 2983 del Presidente del Consejo de Ministros de 31 de mayo de 1999. La referencia a tratarse de una excepción a los procedimientos comunitarios se derogó mediante la Orden 3334 de 23 de enero de 2004.

El Tribunal recuerda que la calificación del contrato ha de hacerse sobre la base del Derecho comunitario, con independencia de cómo se defina por el Derecho interno. Y, para perfilar la naturaleza jurídica, realiza dos trazos. Uno: quién abona la contraprestación. En el caso conflictivo, el abono del canon se realizaba directamente por la autoridad regional a las empresas, lo que supone ya un primer argumento, a juicio del Tribunal, para entender que está ante un contrato de servicios. El segundo trazo: la asunción de responsabilidades y riesgos; y resultaba que, según el Tribunal, las empresas no asumían riesgo. El Comisario se había comprometido a que los Ayuntamientos entregaran una cantidad mínima anual de residuos y a que el canon se actualizara. De ahí que se consideren contratos de servicios porque, además, la existencia de abultadas inversiones o el plazo dilatado del contrato son elementos que pueden concurrir tanto en unos como en otros contratos.

Coincido con la naturaleza de contratos de servicios, pero por razones distintas a las esgrimidas por el Tribunal de Justicia. En el presente caso, no se trataba propiamente del servicio de recogida domiciliaria, sino de la reutilización de las basuras ya recogidas y almacenadas. Además, se suscriben convenios con cuatro empresas, no existiendo una explotación en exclusiva, elemento que, a mi juicio, resulta relevante para calificar una relación como gestión de servicios públicos.

Cuando los servicios están liberalizados, cuando varias empresas pueden simultáneamente prestarlos, me inclino por calificar los acuerdos como contrato de servicios. Y eso aun cuando exista cierta complejidad en las prestaciones a realizar durante un plazo relativamente largo en el tiempo... simplemente se trata de servicios más costosos y más complejos.

Otro matiz. Criterio relevante para calificar una concesión u otra modalidad de gestión es que se trate de servicios destinados a los ciudadanos considerados de manera individual, esto es, *«uti singuli»*. Sin embargo, aun cuando el resultado de esos convenios beneficiaba en términos generales a los vecinos, son realmente los Ayuntamientos los directos beneficiarios de los convenios. Esta perspectiva es la que también me lleva a inclinarme por la calificación de contratos de servicios.

El siguiente hito en el que me quiero detener es la sentencia de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06) que aborda también la gestión de la eliminación de residuos con destino a una planta térmica.

El germen de la discusión es el contrato que suscriben cuatro marcas alemanas y los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo,

en virtud del cual las primeras entregaban determinadas toneladas de residuos para su eliminación en una nueva planta térmica, que se construiría por encargo del citado Ayuntamiento. Abonarían aquellas, además, una cantidad, que se calcularía según determinadas fórmulas previstas en el pliego del contrato. La denuncia de la Comisión fue contestada por el Gobierno alemán explicando que se trataba de una relación de asistencia entre Administraciones, que tienen encomendadas la función de eliminación de los residuos urbanos.

Esa argumentación fue acogida por el Tribunal. A pesar de las similitudes con la sentencia anterior relativa a la Región de Sicilia, recordemos que se entregaban unos residuos a cambio de un precio, advirtió la Gran Sala del Tribunal de Justicia que se trataba de una colaboración entre Administraciones para el cumplimiento de un servicio, servicio que están obligadas a prestar y lo hacen planificando la solución más cómoda, por la cercanía, y más favorable económicamente. No había contrato entre Administraciones y empresas privadas como ocurría en Sicilia. La complejidad de la operación, al estar vinculada a la construcción de una instalación de eliminación de residuos, cuyo contrato de obras lógicamente debía ser objeto de la adecuada publicidad y concurrencia si no se realizaba directamente por el Ayuntamiento de Hamburgo, como era el caso, fue también un elemento relevante a tener en cuenta.

Recuerda el Tribunal en esta sentencia importantes ideas: que el Derecho comunitario no puede imponer la utilización de fórmulas jurídicas concretas; que no se había diseñado la colaboración administrativa como una maquinación para eludir la aplicación de la Directiva; que esa colaboración no afectaba a la libre circulación de los servicios ni a la libre competencia. Por todo ello, desestima el recurso presentado por la Comisión europea.

Es decir, que a través de convenios interadministrativos se pueden organizar los servicios, sin necesidad de convocar licitaciones públicas y abrir la competencia a las empresas privadas.

Dejamos ya el tratamiento y eliminación de residuos para atender con la siguiente sentencia a prestaciones sociales. En concreto, la sentencia de 11 de junio de 2009 (C 300/07) resuelve la decisión prejudicial que cuestionaba si un anuncio dirigido a recabar ofertas de zapatos ortopédicos con asesoramiento debía o no someterse a las directivas de contratación pública. Son varias las cuestiones relevantes a las que atiende el Tribunal (en este caso, la Sala cuarta): si las cajas alemanas de seguro

de enfermedad son poderes adjudicadores, si es un contrato de suministros o de servicios, y si es servicios o concesión de servicios.

Es la delimitación de la naturaleza del contrato lo que aquí me interesa recordar. Tras establecer que será la comparación entre la valoración de las distintas prestaciones, esto es, por un lado el calzado, por otro, el asesoramiento ortopédico, lo que determine si el contrato es un suministro o un servicio, avanza también el pronunciamiento judicial sobre la distinción entre servicio y concesión.

El Tribunal recuerda que el elemento determinante de las concesiones, la explotación del servicio, es de dónde surgen características que diferencian este contrato del de mero servicio. Y se expresa con los siguientes términos: *«la concesión de servicios... se caracteriza por una situación en la que un derecho de explotación de un servicio determinado se transfiere por un adjudicador a un concesionario, disponiendo este último, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de dicho derecho y estando así, de modo paralelo, ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación»*.

Con estas premisas, expone los elementos del conflicto que tiene sobre la mesa: el hecho de que es la caja pública del seguro y no el usuario quien abona el calzado; la circunstancia de que el empresario «no dispone del grado de libertad económica que caracteriza una situación de concesión de servicios»; la consideración de que el empresario no ha de incurrir de manera previa en gasto considerable y puede hacer una previsión bastante razonable del número de asegurados que padecen síndromes que aconsejan un calzado especial; y, sobre todo, que no soporta un riesgo considerable por la explotación de sus prestaciones. Es este un elemento recurrente en muchas sentencias y, en este caso, el Tribunal afirma que es reducido porque *«en efecto, ... no asume el riesgo vinculado al cobro de su remuneración y a la insolvencia de la otra parte del contrato...»*.

De ahí que a juicio del Tribunal, al no soportar el riesgo de la explotación la situación sería la de un contrato de servicios, en el caso de que el valor de los servicios de asesoramiento fuera superior a los suministros.

Personalmente me inclino más por la calificación del contrato como mixto, donde el valor del suministro –a mi entender superior al del asesoramiento– determinará el régimen jurídico predominante. En todo caso, con relación a los elementos a los que atiende el Tribunal, me sorprendió en su día la expresión de que el riesgo empresarial estaba

en la insolvencia del pagador. Si eso fuera así, todos los contratos sujetos a las Directivas comunitarias soportarían similares riesgos y, en teoría, menores si se les comparara con los contratos privados. Porque, a pesar de la crisis económica y de las dilatadas demoras en el pago por algunas Administraciones, los poderes públicos son partes contratantes bastante solventes. Es más, tampoco creo que la insolvencia de los usuarios implique un riesgo muy significativo. Son muchos los usuarios de las prestaciones públicas, en la mayoría de las ocasiones han de abonar el precio de manera previa y las cantidades son relativamente asequibles, por lo que entiendo que ese riesgo de insolvencia está algo diluido.

Pero sigamos el recorrido entre la montaña de sentencias del Tribunal europeo.

Este mismo año 2009, la sala tercera del Tribunal resuelve otras cuestiones prejudiciales donde vuelve a suscitarse el conflicto de calificar un contrato. Detengámonos en primer lugar en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08).

En la comarca de Gotha el servicio de abastecimiento y depuración de las aguas residuales se venía prestando por una sociedad municipal, en virtud de un contrato con la mancomunidad de servicios. Al expirar ese contrato, la autoridad alemana de supervisión impidió su prórroga, así como el intento de incorporar esa sociedad íntegramente pública a la mancomunidad. Se iniciaron, en consecuencia, unos trámites para adjudicar un nuevo contrato y satisfacer las exigencias de la Ley relativa a las prácticas restrictivas de la competencia. También se publicó un anuncio en el Diario oficial de la Unión europea. Pero ese procedimiento, que se califica en la normativa alemana de «informal», no satisfacía todas las previsiones de la Directiva relativa a los procedimientos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, según la empresa Eurawasser, que recurrió la decisión de la mancomunidad.

Las cuestiones prejudiciales que se elevaron al Tribunal de Luxemburgo se pueden resumir en precisar qué había de entenderse por «concesión de servicios» en la citada Directiva, lo que suponía su inaplicación. Y el Tribunal vuelve a invocar criterios ya utilizados en otros pronunciamientos. Esto es, que la concesión exige que la contrapartida sea la explotación del servicio, a la que pueden acompañarse otros pagos adicionales que pueden provenir de los usuarios del servicio. Pero lo esencial es esa explotación, a la que se aúna otro corolario esencial, a saber, la necesidad de que el prestador del servicio asuma su riesgo.

Ahí está el nudo del conflicto: qué ha de entenderse por riesgo, si

éste es el mismo que existe en el mercado; si ofrece matices; si ha de ser totalmente traspasado por la Administración al concesionario; si puede ser limitado en determinados sectores... Las partes que intervinieron en el proceso ofrecieron diversas perspectivas sobre el concepto y la extensión de los riesgos. La posición del Tribunal me parece bien interesante y la resumo en tres asertos. Primero, que hay sectores en los que existe una clara utilidad pública, caso del abastecimiento de aguas y la depuración, en los que la regulación puede limitar los riesgos económicos a los que podrían quedar expuestas las empresas. Segundo, que las Administraciones pueden considerar «de buena fe», esto es, sin que se advierta la intención de eludir las reglas de transparencia y concurrencia, que la concesión es el instrumento más adecuado para garantizar el buen funcionamiento de un servicio público; y tercero, que «... *no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable*».

Muy relevantes me parecen estos tres argumentos del Tribunal europeo. Vuelven a dirigir el catalejo de la observación hacia la existencia de ámbitos especiales, de servicios públicos, donde el Ordenamiento puede establecer un régimen singular. Esto es lo que ha ocurrido, como trataré de argumentar con posterioridad, con relación a los modos de gestión de los servicios públicos. La naturaleza jurídica de esos contratos es la de una prestación de servicio, una *locatio conductio operarum*, pero al tratarse de servicios públicos, servicios sobre los que la Administración asume una responsabilidad, que constituyen prestaciones que benefician directamente a los ciudadanos, que requieren continuidad y permanencia, que normalmente se prestan de manera exclusiva... todo ello hace que se haya edificado un régimen jurídico específico para su gestión con singularidades que excepcionan el régimen común de los contratos de servicios. Y la depuración de las aguas residuales es un servicio público²¹.

Me parece también importante que se recuerde como parámetro de atención el de la buena fe de la actuación administrativa y la inexistencia de indicios que recuerden el fraude de ley. La regulación comunitaria se dirige a culminar el mercado interior y para ello se promueve la pública concurrencia. Eso es lo que ha de preocupar al legislador y al juez europeo, que las actuaciones públicas sean transparentes y garanti-

21. No cabe dudar de esa calificación en el Derecho español, ante la reserva establecida en la Ley básica de régimen local. La Junta consultiva de contratación administrativa ha aludido a este servicio público en su Informe nº 27/02, de 23 de octubre.

cen cierta competencia en el mercado. Pero ello no puede conducir a que se promuevan condiciones artificiales de competencia. Me resulta muy plausible la afirmación de que las Administraciones no deban aumentar la competencia o generar más riesgo en la prestación de servicios. La situación ya es suficientemente compleja, con los servicios que se deben prestar, con la calidad exigible y otras circunstancias, para añadir nuevos ingredientes.

Un mes después, el 15 de octubre (C-196/08), se dictó por la misma Sala otra sentencia también relativa a los servicios de abastecimiento y depuración de las aguas. En este caso, el escenario era la provincia italiana de Ragusa donde varios Ayuntamientos firmaron un convenio de colaboración con el fin de crear una entidad para prestar el servicio integrado de aguas. Inicialmente la fórmula de gestión elegida fue una sociedad mixta con participación de capital privado. Se realizaron los correspondientes trámites para anunciar la licitación dirigida a seleccionar al accionista minoritario. Tras ultimar varias actuaciones y elegir a la empresa Acoset, las dudas sobre la compatibilidad de lo actuado con el Derecho comunitario condujeron a anular el procedimiento. Se decidió resolver el contrato y constituir un consorcio para la prestación del servicio. Como era previsible, la compañía Acoset recurrió esas decisiones solicitando una indemnización y el juez elevó ante el Tribunal de Luxemburgo la pregunta de si resultaba conforme con el Derecho comunitario adjudicar a una sociedad de economía mixta la gestión de los servicios integrales del agua, cuando de manera previa se había elegido al accionista privado tras un procedimiento de pública concurrencia.

El Tribunal europeo acotó nuevamente los términos del debate en precisar si la adjudicación de esos servicios integrales del agua se debía calificar como un contrato de servicios o como una concesión. La previsión de que la sociedad mixta explotara los servicios y percibiera la remuneración de los usuarios condujo a entender que había una relación concesional. En rigor no existe tal concesión, sino la utilización de una sociedad mixta como modo de gestión indirecta de servicios públicos. En todo caso, interesa recordar que el Tribunal insistió en la necesidad de respetar las disposiciones del Tratado, al quedar fuera las concesiones de servicios públicos del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública. En concreto, los preceptos que establecen la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, la igualdad de trato e inexistencia de discriminación, así como la obligación de transparencia. De ahí la conveniencia de promover convocatorias públicas en las que la concurrencia de ofertas satisfaga el respeto a esos principios.

Con buen criterio entiende el Tribunal que, si ya se había realizado una convocatoria para elegir al socio capitalista, si en las bases se había valorado su capacidad técnica, si no se había atendido de manera exclusiva al precio ofrecido por la participación en la sociedad, era razonable no exigir una segunda convocatoria para adjudicar la concesión de los servicios integrales de agua. Resultaba exagerada esa nueva exigencia. Antieconómica. Además de no añadir nada positivo a los fines que persigue las previsiones del Tratado y sí, por el contrario, ser un germen de más conflictos y problemas.

Otra sentencia, la de 21 de enero de 2010 (asunto C-17/09) atiende de nuevo a un contrato para la eliminación de residuos. Se había suscrito en 1997 entre una sociedad íntegramente municipal de la ciudad de Bonn y una sociedad mixta «EVB Entsorgung und Verwertung Bonn GmbH & Co.KG». En resumen, en virtud del mismo, la mercantil EVB debía eliminar los residuos domésticos, el compós y otros deshechos verdes por un precio fijo al año, que incluían una cláusula de actualización. Una denuncia ante la Comisión europea inició el procedimiento de incumplimiento del Derecho comunitario, en concreto, de la Directiva de servicios, denuncia que llegó al Tribunal de Luxemburgo. En una breve sentencia, la discusión se centró sobre la falta de la incorporación de los procedimientos de licitación pública a la normativa de residuos, declarándose el incumplimiento de la Directiva. Ni se consideró la cuestión de la posible contratación doméstica, ni de la delimitación entre servicios y concesiones.

A mi juicio, se trataba de un contrato de servicios, porque la relación se trabó entre una sociedad municipal y otra mercantil en la que participa junto a capital privado. Unos servicios dirigidos a rentabilizar la eliminación de basuras, de manera similar a la sentencia que condenó a la República de Italia por los convenios suscritos en la Región de Sicilia.

Más interés me suscitaron las dos siguientes sentencias relativas a los servicios de socorro, el transporte de urgencia y el sanitario en distintas regiones alemanas.

La primera, la sentencia de la Sala tercera de 29 de abril de 2010 (C-160-08). El origen del conflicto surge porque la Comisión europea recibe varias denuncias que originan la apertura de investigaciones para comprobar cómo se están contratando los servicios de socorro en algunos Ayuntamientos alemanes. Hay que saber que son varias las modalidades en la prestación de estos servicios y que, además, en unos casos

los Ayuntamientos satisfacen la remuneración a la empresa, mientras que en otros casos son las cajas de seguro de enfermedad o los propios pacientes quienes abonan la correspondiente prestación. Los denunciantes esgrimían que se incumplía el Derecho comunitario porque no se seguían procedimientos transparentes ni se facilitaba publicidad en el Diario europeo.

La Comisión analizó los contratos adjudicados durante más de cinco años por once localidades diferentes (Magdeburgo, Bonn, Hannover...) y, a su entender, se incumplía la normativa comunitaria porque eran contratos de servicios públicos con cuantías muy significativas, a los que no se había dado la publicidad requerida. La sentencia atiende a muchas cuestiones, tras inadmitir primero ampliaciones de demanda y cambios de argumentación que en los sucesivos escritos va realizando la Comisión.

Y es que son muchos los aspectos que invoca la representación alemana. En primer lugar, y de interés para nosotros, hasta qué punto se extienden las excepciones establecidas en el Tratado relativas a las libertades de establecimiento y de servicios, en concreto, la excepción relativa al «ejercicio del poder», que tan similar es a nuestro requisito de prestar los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad siempre mediante fórmulas de gestión directa. En este sentido, recuerda la sentencia que las previsiones excepcionales, como sabemos, han de interpretarse en sentido estricto y que, en consecuencia, esas excepciones deben referirse en todo caso a actividades que estén muy imbricadas con el poder público, donde se despliegan prerrogativas y privilegios públicos, así como poderes coercitivos. La finalidad sanitaria, de protección de la salud pública, es una función pública, pero ello en absoluto conduce a la posibilidad de levantar barreras a la prestación de ese servicio que es lo que se discutía. Tampoco admite el Tribunal que las singularidades en el transporte, caso de la cesión de paso y preferencias a las ambulancias, puedan calificarse de prerrogativas que sean muestra de un ejercicio de poder.

Tras sortear esta primera alegación, se concluyó que la relación es la de un servicio: implicaba la realización de prestaciones remuneradas directamente por los Ayuntamientos. En consecuencia, debían esas Administraciones satisfacer para su contratación las exigencias del Derecho comunitario.

Como argumentación subsidiaria había invocado también la representación alemana el posible carácter de estas prestaciones como una

categoría de «servicios de interés general» a los que aplicar un régimen peculiar. Los razonamientos recuerdan que estos servicios han de garantizarse en todo tiempo, las veinticuatro horas del día, en todo el territorio, de tal modo que había que atender que zonas geográficas con menos densidad de población y, por ello, consideradas menos rentables para las empresas, contaran con esa permanente asistencia. Sin embargo, no convence tampoco esta alegación al Tribunal porque ello no impide que se realice la oportuna publicidad de las licitaciones. De ahí que se concluya declarando el incumplimiento del Derecho comunitario.

Disiento de esa decisión pues esos servicios de socorro y asistencia especial, se contrataban con una única empresa, otorgándole la exclusividad, como medio de compensar las obligaciones de amplia y permanente cobertura. Un bosquejo muy similar a una concesión aun cuando se retribuya por el propio Ayuntamiento o por otra institución sanitaria.

Al año siguiente, esa misma Sala tuvo ocasión de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial suscitada también con relación al transporte sanitario de socorro en Alemania (me refiero a la sentencia de 10 de marzo de 2011, C-274/09) y el criterio de decisión fue distinto.

En este caso, afectaba a la mancomunidad de Passau. El conflicto surge porque la citada mancomunidad había decidido atribuir ese servicio de socorro a dos entidades, la Cruz Roja y la Orden de Malta. La Ley de Baviera, aprobada en enero de 2009, establecía que dichos servicios de transporte de asistencia urgente y de transporte de pacientes y enfermos se debían prestar por determinadas entidades asistenciales y benéficas que citan (además de las dos mencionadas, la Orden samaritana, la Orden de San Juan y otras similares...). Esta reserva de actividad a determinadas entidades benéficas había sido objeto de otro pronunciamiento del Tribunal comunitario²².

Ese servicio de socorro había sido prestado con anterioridad por una empresa privada, que es la que recurre esos acuerdos y centra el debate en la calificación jurídica de tales contratos, esto es, si se trata de contratos de servicios o de concesiones de servicios. Hay que tener en cuenta, como bien se recoge en la sentencia por la información que re-

22. Me refiero a la sentencia de 25 de octubre de 2001 (C-475/99), en la que se admite la reserva de derechos especiales o explosivos de los servicios de transporte de urgencia a organizaciones de asistencia sanitaria, lo que, a su vez, permite que puedan restringirse los servicios de transporte sanitario a otras empresas para garantizar una mínima rentabilidad de los servicios de socorro. No obstante, también se precisaron en dicha sentencia los límites para evitar que las organizaciones asistenciales consoliden una posición de dominio contraria al mercado común.

mite la sala de instancia, que en la legislación bávara la remuneración de esos servicios no se realiza por la entidad adjudicadora, en este caso la mancomunidad, sino que los precios se han de negociar anualmente con otra entidad, el organismo que asume la seguridad social.

El Tribunal de Luxemburgo recuerda que un criterio utilizado para calificar el contrato como servicio o concesión es quién abona la remuneración. El hecho de que no se retribuya por la mancomunidad hace que se incline el fiel de la decisión hacia la calificación de concesión. Afirmación que era la que, por cierto, cerraba el informe del abogado general. Sin embargo el Tribunal, no considera que este criterio deba ser el único y determinante y así analiza si realmente se trasladan o no al prestador del servicio algunos riesgos como los comunes que inciden en los mercados. Se citan como ejemplos: los derivados de la competencia, del desequilibrio entre oferta y demanda, de la insolvencia de los deudores, el riesgo de que los ingresos no cubran gastos, la responsabilidad por los perjuicios u otras incertidumbres.

Tres son los elementos que destacan los magistrados para entender que sí existen riesgos en la explotación de servicio: a) el precio se determina en negociaciones anuales sólo «parcialmente previsibles» y pueden surgir tensiones porque el organismo de la seguridad social pretenderá que los precios sean lo más bajos posibles; b) la ley bávara no garantiza la cobertura completa de los costes y, además, c) el prestador está expuesto al riesgo del impago por personas sin seguro o con seguro privado.

Consideraciones de cierto peso para desequilibrar la balanza a favor de calificar el contrato como concesión de servicio, cuya adjudicación no ha de seguir los procedimientos establecidos en las Directivas, pero sí han de satisfacerse las previsiones del Tratado relativas a garantizar la publicidad, la competencia, la transparencia y la inexistencia de discriminación (arts. 49 y 56)²³.

¿Por qué ese diverso criterio en dos sentencias que afectan a servicios de asistencia alemanes? Probablemente porque en la anterior, al advertir el Tribunal que quien satisfacía los servicios de socorro eran preferentemente los Ayuntamientos, no atendió a otras consideraciones.

23. Son varias ya las sentencias que han insistido en el respeto a las normas del Tratado. Además de las citadas en el texto, resulta interesante la de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que es objeto de un completo análisis por J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 y ss. del tomo II.

Por último, sólo he conocido otra sentencia más. La que tiene fecha de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10). En la misma, se resuelven las cuestiones prejudiciales que plantea un Tribunal de Letonia sobre la calificación de un contrato de servicio de transporte en una determinada región, pero también sobre la aplicación o no de las directivas comunitarias de contratos al no haber transcurrido el período transitorio para su incorporación al Derecho letón. Esta última cuestión se zanja afirmando que la seguridad jurídica impone que no pueda exigirse la aplicación del Derecho hasta no transcurrir el período máximo. Pero, en este momento, lo que interesa es la argumentación sobre el debate de la calificación jurídica.

Después de recordar de nuevo que la primera diferencia estriba en cómo se realiza la «contrapartida de la prestación», esto es si la paga directamente la entidad adjudicadora, lo que implica según el Tribunal la calificación como contrato de servicios, o el servicio se paga por los usuarios, lo que conduciría a calificarlo de concesión, se apunta que, al recibir el empresario del transporte el derecho a explotar el servicio y recibir una contraprestación de los usuarios, parece que se trata de una concesión. Sin embargo, dicho eso, una vez llegado a esa primera conclusión, el Tribunal vuelve a plantearse como en otras ocasiones es si realmente se trata de una concesión porque se hayan transferido los riesgos de la explotación.

Y es en este punto donde el Tribunal duda de la existencia de riesgos en la explotación porque la normativa letona prevé compensaciones al empresario: en caso de que tenga unos costes superiores para prestar el servicio, ante la reducción de las tarifas a determinadas clases de viajeros, si soporta gastos por los nuevos requisitos de calidad, etc. Todas esas previsiones conducen al Tribunal europeo a entender que está en presencia de un contrato de servicios. Y ello a pesar del largo período de tiempo del contrato (8 años). No obstante concluye que debe ser el juez nacional el que defina en última instancia la naturaleza del contrato.

Desconozco el resultado de esa sentencia y si el juez letón calificó el contrato como servicio o como concesión. Me permito imaginar que un juez español, buen conocedor del Derecho aplicable, consideraría que todas estas previsiones e instituciones son propias del principio de equilibrio económico que preside la relación en las concesiones de servicios públicos. Y como tal bautizaría el negocio.

IV. LAS PREVISIONES DEL DERECHO ESPAÑOL

La aceptación acrítica de estos criterios del Tribunal de Justicia supondría una gran alteración al régimen tradicional de la contratación administrativa. En concreto, de la gestión de los servicios públicos. De ahí que convenga proceder con prudencia para no enredar ningún ovillo en este tejer y tejer de la integración europea.

En España ha existido tradicionalmente cierto consenso sobre la distinción entre las concesiones de servicios públicos y lo que ahora llamamos contratos de servicios. Es cierto que algunas dudas se han presentado en ocasiones y prueba de ello son algunas sentencias de los Tribunales así como Informes de la Junta consultiva de contratación. Pero, en términos generales, las diferencias eran bastante palmarias. La concesión era una modalidad, entre otras, de gestión de servicios públicos, sistematizadas en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, recogida luego como contrato típico administrativo en la Ley de 1965; mientras que los ahora llamados contratos de servicios son la decantación de muchos contratos inicialmente calificados como «especiales», cuya regulación estaba dispersa²⁴. Es la sucesiva incorporación del Derecho comunitario europeo lo que ha generado el enredo del ovillo. Y no por los defectos de la regulación comunitaria, sino, en gran parte, por cómo se ha tratado de digerir ese Ordenamiento europeo, compaginarlo con la tradición interna, sin advertir las consecuencias que como caballo de troya ahora, ante los criterios del Tribunal de Justicia, se han presentado.

Recordemos brevemente, aunque son cosas bien sabidas, que tras la adhesión de España a las Comunidades europeas, el primer texto que incorpora las Directivas de contratación pública se preocupó de establecer la suficiente publicidad de las licitaciones y de introducir la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad también en las concesiones públicas, así como en los contratos suscritos por concesionarios. Sin mayores problemas, por tanto, en la delimitación de los contratos²⁵.

24. Tal era el caso de los contratos de bienes y servicios informáticos (Decreto de 5 de octubre de 1973), los de consultoría y asistencia (Decreto de 4 de abril de 1974, que ya habían sido objeto de una primera regulación parcial en 1968), los de trabajos específicos y concretos no habituales (Real Decreto de 17 de julio de 1985), entre otras muchas disposiciones que precisan el régimen de estos contratos especiales.

25. En especial, a través de la Ley de bases número 47/1985, de 27 de diciembre, el Real Decreto legislativo de 2 de mayo de 1986, que modificó varios preceptos de la Ley de contratos del Estado de 1965, el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre que modificó el Reglamento general de la contratación y el Texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local de 18 de abril de 1986. Analizó estas reformas A. OJEDA MARÍN, «Contratos públicos en la Comunidad europea: Ley

Es la ambiciosa reforma del régimen de contratación, la que se culmina con la ley de 1995, la que acoge en un título específico, el antecedente de lo que hoy llama contratos de servicios. Aparece así la larga rúbrica de «*consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concreto no habituales de la Administración*», como nueva categoría de contrato típicamente administrativo, junto a las obras, gestión de servicios y suministros, aun cuando se tratara de muchas modalidades de contratos, de carácter complementario al quehacer administrativo. Una categoría, por ello, muy barroca, como lo probaba un listado de contratos contenido en el artículo 207 de la Ley.

No extraña que ante tanta nomenclatura las sucesivas reformas de la legislación de contratos fueran podando esa larga rúbrica. En 1999 se atajó la referencia a los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, porque podían sin mayores dificultades incluirse dentro de la denominación de consultoría y asistencia y no originar las dudas y confusiones que algunos habían manifestado. Luego, con la Ley de 2007, desapareció la referencia a los contratos de consultoría y asistencia, quedando como única denominación de estos contratos la de servicios. Quizás con el anhelo de lograr la identificación de la normativa comunitaria y el Derecho español.

No es una casualidad esta voracidad de los servicios, de tragarse todas las denominaciones, pues es la causa ínsita en los contratos (¿hay que recordar la *locatio* romana?), y, por ello, la que se utiliza en el Derecho internacional. De ahí que sea previsible, como avanza J. M. GIMENO FELIÚ, que en un futuro próximo existan sólo dos grandes rúbricas de contratos públicos, suministros y servicios²⁶.

En principio, no hay que alarmarse por semejante evolución, porque no representaría el recordatorio de la causa de los contratos. Además, una cosa son las denominaciones genéricas, que tratan de aunar unas mínimas reglas en el comercio internacional, y otra, distinta, que desaparezcan las singularidades y las múltiples modalidades de contratos, como muestran las largas listas de códigos numéricos (los números ya como lenguaje universal) para referenciar cada actividad o negocio²⁷.

de contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario», *RAP*, n° 112, pp. 131 y ss.

26. En el *Observatorio de contratación pública 2010*, recuerda que el «Acuerdo sobre contratación pública» ya sólo reconoce dos tipos de contratos: suministros y servicios, porque considera las obras como contrato de servicios de construcción (p. 28).
27. A. RUIZ DE CASTAÑEDA, «La nomenclatura CPV en la contratación», en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 203 y ss.

Son muchos siglos de depuración de los tipos contractuales, de bautizar los nuevos negocios y pactos, de precisar los contenidos y las obligaciones, de analizar los efectos y las responsabilidades, para que no advirtamos las diferencias aun utilizando el mismo vocablo.

Que una palabra tenga distintas acepciones es algo bien común para los lingüistas. Pero causa ciertos problemas en el ámbito del Derecho. Los juristas debemos exigir precisión y rechazar de plano las ambivalencias. Sobre todo, debemos impedir que las polisemias multipliquen los problemas.

Pero hagamos un ejercicio especulativo: paremos mientes en la siguiente hipótesis, a saber, que esa denominación genérica de «contrato de servicios» llegue a imponerse: ¿qué consecuencias jurídicas generaría? Si se pretendiera que las tradicionales concesiones de recogida de basuras, de transporte público o servicios sanitarios y tantas otras, se califiquen como contratos de servicios, ello implicará la obligación de publicar el anuncio de la convocatoria del concurso en el Diario oficial de la Unión europea, así como respetar los plazos mínimos establecidos para la recepción de las ofertas y la decisión de la adjudicación. El incumplimiento de esas previsiones conduciría a la declaración de nulidad de los contratos de servicios. Tal sanción resulta excesiva, a mi juicio. Hay que tener en cuenta que en la actualidad, al quedar las concesiones de servicios públicos fuera del régimen comunitario de las Directivas, tampoco les es aplicable la normativa europea relativa a los recursos²⁸. Además, y lo que puede tener más interés para tantos indigentes Ayuntamientos: la discusión sobre el carácter de las contraprestaciones que deberían satisfacer los usuarios de esos servicios se inclinaría a favor de su consideración de precio público en lugar de una tasa, cuando lo preste la Administración, mientras que se mantendría el carácter de tarifa cuando lo prestara una empresa privada. Todo ello supondría que debería cubrir como mínimo el coste del servicio y no tener ese coste como tope máximo (arts. 25 y 44 de la Ley de haciendas locales)²⁹.

Quizás la mayor diferencia con el régimen actual derivaría en la

-
28. Alude a esta cuestión la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 13 de abril de 2010 (C-91/08). Pronunciamiento interesante relativo a la concesión del servicio de mantenimiento de los aseos públicos en Frankfurt.
29. Sobre la evolución jurisprudencial del debate de la naturaleza de distintas tarifas de servicios públicos es bien ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012 (RJ 2012, 7895), que estima el recurso presentado por el Ayuntamiento y casa la sentencia de instancia, al considerar tasa el abono del servicio del abastecimiento de aguas. También pueden verse las recientes sentencias de 24 de septiembre (RJ 2012, 9227) o 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 581).

limitación en el plazo del contrato, pues no podrían superar, en principio, los seis años, salvo que otra cosa autorizara el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma. A mi juicio, esta previsión es un escollo importante para la correcta planificación del establecimiento de los servicios públicos. Difícil resultará, si esa tendencia unificadora se consolida, garantizar la prestación de muchos servicios públicos porque los gastos e inversiones iniciales son cuantiosas. De ahí que las concesiones se hayan desenvuelto y requieran unos plazos mucho más dilatados en el tiempo.

En todo caso, esa unificación hacia un régimen único de una categoría genérica, los contratos de servicios, tiene el escollo de que también está trabajando sobre la regulación de las concesiones de servicios. Ya lo he avanzado *supra*.

Cuando se apruebe y entre en vigor la propuesta de Directiva que armonizará los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión (COM 2011, 897 final), deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquellas cuya valoración alcance los cinco millones de euros; y anunciarse, si el texto de la propuesta se mantiene, cuando alcancen los dos millones y medio. Se admite, como es lógico, que el plazo del contrato se precise en función de la amortización de las inversiones y de la obtención de un beneficio razonable.

Sin embargo, no desaparecerán del todo los problemas porque la propuesta de Directiva a la hora de definir las concesiones atiende también a la transferencia de riesgos. De ahí que subsistirá la polémica de cómo calificar muchos contratos de transportes, recogida de basuras, depuración de aguas, así como otros ejemplos ya vistos.

Y este es el riesgo de introducir sin una mínima reflexión la interpretación del Tribunal de Luxemburgo sobre los contratos de servicios y las concesiones porque en el Derecho español el régimen sustantivo de los mismos es diferente. Es más, tengo la impresión de que no es del todo adecuado el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión europea, esto es, que para que exista una concesión de servicio público deben transferirse los riesgos de la explotación del servicio. Y ello, porque junto a los aspectos procedimentales, hay otras diferencias sustantivas, de concepción de estos contratos administrativos, sobre todo en los que implican una gestión de servicios públicos, de los elementos esenciales de estos contratos, de las potestades públicas ínsitas en el mismo, de las facultades de policía y supervisión, de los derechos de los usuarios, de la posibilidad de intervención y rescate..., que se dejarían de lado con

la calificación como contrato de servicios. Un régimen que se ha edificado con estudios y jurisprudencia durante décadas y que se abandonaría si se confunden los contratos y se pretende imponer el régimen jurídico sustantivo de los contratos de servicios.

Estos problemas no se suscitan con la misma conflictividad en otros países europeos y ello es debido a la distinta concepción que en algunos tienen de los negocios que suscriben los poderes públicos³⁰. Pero eso no es una razón para dejar que la jurisprudencia impregne la actuación de las Administraciones españolas y se abandone el Derecho de la gestión de los servicios públicos. Y es que si esto consintiéramos estaríamos mezclando, a mi juicio, dos planos.

Las políticas comunitarias persiguen la consolidación de un mercado interno y promover la competencia empresarial, por ello se han establecido esos procedimientos armonizados en los contratos públicos; pero, a mi entender, no tienen suficientes competencias las instituciones comunitarias para incidir en la armonización del contenido de los con-

30. Una meritoria obra colectiva dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011, ofrece al lector interesado en la normativa de contratación una adecuada aproximación al régimen de la contratación pública en los Estados miembros. Con relación al problema que ahora nos atañe, hay una referencia más cercana para saber cómo se han incorporado las previsiones de las Directivas y cómo afectan a las concesiones. Así, por ejemplo, recogiendo en este momento sólo algunas de las referencias que aparecen en esta obra: en Austria, las concesiones quedan fuera de las prescripciones de los contratos públicos, y su adjudicación ha de respetar los principios de publicidad, transparencia, no discriminación (J. LUENGO, p. 467); en Bélgica, en principio, están excluidas las concesiones de servicio público de las reglas de los contratos públicos, pero se discute su regulación (J. DEL OLMO, p. 418); en Polonia, se regulan como una especialidad, fuera del régimen derivado de la incorporación de las Directivas comunitarias; en los Países Bajos, no hay previsión legal y se tienen en cuenta los criterios que va marcando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (I. GALLEGU, p. 384); en Portugal, la regulación es similar a la española, pues la ley considera la concesión de servicios públicos como un contrato administrativo, se insiste en la transferencia «significativa y efectiva» de los riesgos y se regula el procedimiento de preparación y adjudicación con los mismos criterios establecidos para los otros contratos administrativos y de conformidad con lo previsto en la Directiva europea (J. A. MORENO MOLINA, p. 509); en Suecia, las concesiones de servicios quedan excluidas de la aplicación, incluso, de las reglas especiales para determinados contratos (J. GARCÍA-ANDRADE, p. 559); en Hungría, fuera del régimen común establecido para los contratos públicos objeto de atención por la directiva europea, se someten a una regulación específica, una ley de concesiones (T. MEDINA, p. 593); en Grecia, distinción regulación comunitaria armonizada y otra regulación nacional, principio de no discriminación (S. SINO, p. 638); en fin, en Irlanda, se regulan las concesiones de servicios públicos, pero se las excluye del régimen comunitario (E. DESDENTADO, p. 694).

tratos de muchos servicios públicos, cuando el Derecho interno precisa las potestades administrativas y las garantías y derechos de los ciudadanos. De ahí que me detenga ya a analizar y criticar la argumentación del Tribunal de Justicia europeo.

V. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS QUE SE INVOCAN

Hemos visto que el Tribunal de Luxemburgo atiende de manera esencial a dos criterios. Por un lado, determinar quién abona el servicio, si la entidad adjudicadora del contrato, un tercero o el mismo usuario. Si la remuneración procede directamente de la Administración contratante, el Tribunal pone punto final a las dudas sobre la calificación jurídica, al entender que se trata de un contrato de servicios³¹.

Sin embargo, sabemos que en el Derecho español se ha admitido de manera tradicional que la contrapartida que recibe el concesionario de un servicio público puede manar de otras fuentes distintas a los usuarios. No siempre los servicios se abonan mediante las tarifas, puesto que se permiten las subvenciones por parte de la Administración concedente. Así se previó en el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales (art. 129) y las sucesivas leyes de contratación administrativa han invocado las tarifas como remuneración posible, pero no indispensable.

A mi juicio, la contundencia de esa correlación, que aúna de manera casi insoluble el pago por la Administración al contrato de servicios, debería rechazarse porque pueden concurrir razones de política social o de gestión administrativa que desemboquen en la opción de que sea la Administración la que asuma el pago directo al concesionario. Quién abona la contraprestación nunca ha sido un criterio concluyente. Es más, ha sido indiferente para calificar el contrato al admitirse distintos modos de retribución: los usuarios pueden pagar todo el coste, o una parte, o percibir de manera gratuita el servicio; o existir precios especiales; del mismo modo que puede satisfacer un canon la Administración, o entregar subvenciones periódicas, o calcular peajes en la sombra...

Hay, además, otra razón de coherencia argumentativa. Si el Tribunal considera que cuando los usuarios abonan la remuneración no es suficiente esa circunstancia para definir el contrato, ¿por qué cuando el pre-

31. Así lo hemos leído en las sentencias de 18 de julio de 2007 (c-382/05), donde el canon lo abona la autoridad regional de Sicilia; en la de 11 de junio de 2009 (C 300/07), relativa a la asistencia para la adquisición de calzado ortopédico; o en la de 29 de abril de 2010 (asunto C-160-08), relativa a los servicios de socorros que satisfacían ciertos Ayuntamientos alemanes.

cio procede de la Administración se entiende ya concluyente la calificación como servicios? Si el «deudor» a juicio del Tribunal no califica el contrato en un caso, tampoco lo puede calificar en el otro.

Otro segundo criterio tiene en cuenta el Tribunal de Justicia.

Y es que, como se declara en muchas sentencias, aun siendo un tercero o los usuarios quienes satisfacen la remuneración, los magistrados vuelven a poner a prueba la naturaleza de la relación preguntándose quién asume los riesgos del contrato, en otras palabras, si se traslada o no algún riesgo a la empresa que está prestando el servicio, en cuyo caso sí nos encontramos, según esta jurisprudencia, ante una concesión de servicios públicos. Si no hay transferencia de riesgos, según el Tribunal, estamos ante un contrato de servicios. La atención a los riesgos y el análisis de los mismos está generando un auténtico nudo gordiano.

Es cierto que la construcción del régimen jurídico de las concesiones de servicio público ha incluido siempre la locución de que se prestan «a riesgo y ventura» del concesionario. Desde las primeras referencias que recuerda la doctrina nos encontramos con esa expresión³². Pero es que todos los contratos administrativos, todos, incluidos también los de servicios se realizan a riesgo y ventura del contratista. Ahora lo prevé el artículo 215 de la Ley de contratos del sector público y antes también lo afirmaban las leyes precedentes, y así ha sido acogido por la jurisprudencia³³. Y ello por la sencilla razón de que en todos los contratos, en

32. Sigue siendo bien enriquecedor el trabajo de J. L. VILLAR PALASÍ en la *Enciclopedia jurídica* F. SEIX BARRAL sobre las «concesiones», donde se analiza con rigor la evolución histórica; así como la obra de R. FERNÁNDEZ DE VELASCO sobre las concesiones y los contratos administrativos, puesta en su adecuado contexto por F. SOSA WAGNER, *Juristas en la segunda República*, Marcial Pons, Madrid, 2009. Con relación al Derecho francés, sirva la remisión a las explicaciones sobre la construcción y explotación del Canal del Midi en el siglo XVII o a las concesiones de las diligencias que relata G. MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», en la obra colectiva *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27 y ss.; así como a los clásicos trabajos de DIGUIT, JEZE y HARIOU. Como es sabido, hoy día el régimen de las concesiones de servicios públicos está recogido en la Ley francesa que acoge la denominación genérica de colaboraciones público privadas, de 29 de enero de 1993, fuera del Código de contratación pública. Además de la clásica obra de J. F. AUBY, *La délégation de service public. Guide pratique*, Dalloz, Paris, 1997, puede obtenerse una buena panorámica de la regulación francesa a través del trabajo de E. MENÉNDEZ, «Régimen jurídico de la contratación pública en Francia» en la obra colectiva ya citada dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN *El Derecho de los contratos públicos ...*, pp. 123 y ss.
33. Sirva sólo el recordatorio de la del Supremo de 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 235) que declaró «que una de las características más acusadas de los contratos adminis-

todos los negocios bilaterales y sinalagmáticos, los deudores soportan los riesgos.

Hay que releer los Códigos civil y de comercio para traer a la memoria los principios que rigen las relaciones entre los contratantes. Cómo, con carácter general, los deudores responden, salvo caso fortuito o fuerza mayor (art. 1105 CC); cómo en los arrendamientos de obras y servicios han de obtenerse unos resultados y, de ahí, que el que pone su trabajo o industria «no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada a no ser que haya habido morosidad para recibirla» (art. 1590 CC) y, por ello, el empresario «asume los riesgos de su cometido de acuerdo con la regla *res perit domino*» (STS de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2952]); cómo los porteadores han de responder de las pérdidas y de las averías de las cosas que recibe, salvo caso fortuito o fuerza mayor (art. 1602 CC); del mismo modo, las mercancías se transportan a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiese convenido lo contrario, «en su consecuencia, serán de cuenta y riesgo del cargador todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas» (art. 361 CCom). Y así podríamos seguir recordando los riesgos peculiares en tantos contratos como los de comisión y mandato, los de publicidad y otros donde hay obligaciones de hacer³⁴.

Es decir, que toda parte que se compromete a unas obligaciones asume los riesgos. En todos los contratos hay cierto riesgo e incertidumbre. Por lo tanto, a mi entender, no se debería utilizar como fiel de la balanza, que pondera la existencia de uno u otro contrato, si se trasladan o no los riesgos al contratista.

Claro que hay diferencias en los riesgos que asumen los empresarios. Pero no por el hecho de suscribir un contrato de servicios o una concesión, sino por la distinta naturaleza de las prestaciones y obligaciones, por la complejidad del contrato, por el mayor o menor plazo de

trativos es la de que se entienda celebrados a riesgo y ventura del contratista, salvo los casos de fuerza mayor...». También recuerda L. MÍGUEZ MACHO, que hay riesgo y ventura cuando la contraprestación la satisface la Administración, pues hay otros factores en la relación negocial que revelan el riesgo empresarial («Las fórmulas de colaboración público privada en el Derecho español» *RAP*, 175, 2008, p. 177).

34. Por todos, deben verse las brillantes explicaciones L. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, 1ª ed., quien nos recuerda los conflictos que recoge ya el *Digesto* a la hora de explicar el riesgo de pérdida en los arrendamientos, así como los criterios derivados del Derecho vigente.

ejecución (el tiempo es un gran elemento de riesgo); por cómo incidirán los avances técnicos, los sanitarios, las modas...

Esa diversidad de situaciones genera un gran interés, de ahí que no sea extraño que muchos estudios económicos y de mercado hayan tratado de describir los diversos riesgos que pueden aparecer en las prestaciones y obligaciones que asumen los empresarios: a la hora de confeccionar sus planes y proyectos, ante los gastos que deben afrontar, los retrasos que pueden sufrir, la incertidumbre en el otorgamiento de las licencias, de sus condiciones, de otros controles públicos...; los riesgos financieros, derivados de la evolución de los tipos de interés o los cambios de divisas; los riesgos relacionados con la realización de las prestaciones, las modificaciones que han de incorporarse por los avances técnicos, lo que conocemos como cláusula de progreso, las mejoras en la calidad de los servicios, las fluctuaciones de las demandas del servicio, la aparición de otras alternativas, etc.³⁵. La propuesta de Directiva que pretende armonizar los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión de servicios públicos invoca como criterio «los riesgos operativos», lo que puede añadir alguna distorsión por la ambivalencia de esta expresión³⁶.

La atención a los riesgos presenta, a su vez, una perspectiva contable que es, a mi entender, la que quizá haya introducido alguna confusión en esta polémica. Porque si se exige prenotar los riesgos, eso implica adentrarse en el ámbito de la contabilidad pública con sus reglas de déficit y deuda. De ahí que también la Oficina europea de estadísticas, la conocida Eurostat, haya publicado unos criterios clasificando los riesgos de instalación, de disponibilidad y de demanda³⁷.

35. Una expresiva clasificación ofrece M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Madrid, 2012, que se hace eco de las categorías formuladas por J. FOX y N. TOTT en su manual *The private finance handbook*, Jordans, 1999; así como de un estudio presentado por el Fondo monetario internacional en 2004, pp. 80 y ss.
36. Y es que esa expresión que se está generalizando procede de los estudios financieros, donde se distinguen riesgos «operacionales» y «operativos», que incluyen riesgos derivados del propio sistema, pero no riesgos del mercado ni de crédito. Entre las múltiples publicaciones, destaco la de C. GUTIÉRREZ LÓPEZ, *Gestión bancaria de riesgos: especial referencia al riesgo operacional, propuestas de control y aplicación empírica*, León, 2009.
37. Como bien se sabe, es en el Manual SEC 95 sobre déficit público y deuda pública, que interpreta el Reglamento 2223/96, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la comunidad, modifica de 2004 para incorporar, entre otras previsiones, los riesgos en la colaboración público privada, el que describe los diversos riesgos a tener en cuenta a efectos contables. Sobre el mismo son muy interesantes las consideraciones de R. MARTÍNEZ MANZANEDO, «La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del sistema europeo de cuentas (SEC

Esta perspectiva es la que, a mi juicio, ha aumentado la complejidad del problema, el enredo gordiano, porque ha introducido un pie forzado de carácter cuantitativo, esto es, la atención de aspectos económicos como es la repercusión en los porcentajes de déficit y de deuda pública, con los que se pretende calificar la naturaleza jurídica de los contratos. Son dos perspectivas, la contable y la jurídica, que tienen sus propias lógicas y no siempre coinciden.

Es cierto que, *nihil novum sub sole*. Las reglas de contabilidad pública han introducido siempre una gran tensión en el régimen de las concesiones, como se advierte en la evolución de la normativa sobre los pliegos de contratación que ha analizado MORENO GIL³⁸. Pero una cosa es la tensión para precisar el coste del contrato, pues al fin y al cabo esa es una preocupación esencial ante la necesidad de concretar el precio, y otra que dependiendo del precio sea distinta la naturaleza jurídica, la causa del contrato³⁹. Es decir, que lo que antes eran efectos y consecuencias del régimen de los contratos, se pretende que ahora sean la causa⁴⁰.

Pero si ya me parece perturbador que con las gafas de la contabilidad pública se trate de determinar la naturaleza jurídica de los contratos, hay otro aspecto igualmente preocupante al considerar la transferencia de riesgos como el fiel de la balanza que definirá el contrato. Y es que el principio sacrosanto del riesgo y ventura se ha debilitado de manera notable en las concesiones de servicio público, de ahí que, incluso, se insista en que es un «mito» al haber perdido su virginidad, podríamos decir, y que corre el riesgo de haberse convertido en un privilegio en contra de la Administración contratante⁴¹.

Porque, no hay que recordar entre especialistas, que junto a esa feliz expresión han ido apareciendo figuras jurídicas para proteger al concesionario de la intemperie de riesgos no considerados ni previsibles.

95)», *Presupuestos y gasto público*, nº 45, pp. 187 y ss.; así como los comentarios de J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras privadas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

38. *Doctrina del Consejo de Estado*, IEF, Madrid, 1977, pp. 207 y ss.

39. Formulamos esta crítica desde que se aprobó la nueva regulación de los contratos del sector público en el artículo «La ley de contratos del sector público y el murciélagos», F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 743.

40. En el mismo sentido se manifiesta M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas*, cit., p. 316.

41. Por todos, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., pp. 269 y ss.; J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en la obra colectiva dirigida por R. GÓMEZ FERRER, *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2ª ed. 2004, pp. 525 y ss.

La idea actual de que debe mantenerse el equilibrio financiero establecido en el contrato, las previsiones del *ius variandi*, las consecuencias del *factum principis* o la cobertura del riesgo imprevisible no son sino instituciones que abrigan de la destemplaza que pudieran originar los infortunios del tiempo. Resulta ocioso recordar cómo se han ido introduciendo figuras para garantizar la posición económica del concesionario y mantener un cierto equilibrio durante toda la vida del contrato⁴². Aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos⁴³. Como explicó GARCÍA DE ENTERRÍA hace décadas, es el beneficio económico que supone el servicio público la razón por la que la Administración acepta una posición más desfavorable⁴⁴.

Esta idea me sigue pareciendo concluyente. Es el quicio que permite girar la puerta de las calificaciones jurídicas y optar: bien entre una concepción más social, que da lugar al servicio público y a unas garantías de los usuarios en la prestación; u otra concepción donde aparentemente las empresas «no explotan el servicio», los contratos se suscriben por plazos más breves, con lo que la Administración ha de asumir las grandes inversiones iniciales, los precios están perfectamente definidos y no hay significativos «riesgos» para las empresas.

Por ello me pregunto: ¿es consciente el Tribunal de Justicia europeo de que la existencia de mantener la garantía del equilibrio económico podría interpretarse como que no se trasladan riesgos, lo que conduciría a la calificación de contratos de servicios de las concesiones públicas?

Si algunos riesgos del concesionario están amparados por el posible auxilio de la Administración, si en consecuencia no todos los riesgos se trasladan, no considero que deba utilizarse ese criterio como el determi-

42. Muchos son los autores que se han ocupado de explicar estas singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «El equilibrio económico en los contratos públicos» en el *Observatorio de contratos públicos 2011* que dirige J. M. GIMENO FELIÚ, Pamplona, 2012, pp. 515 y ss.; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J. É. NIETO MORENO, «La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública», *REDA*, n.º 156, pp. 119 y ss.

43. «Situación desalentadora» es como califica M. A. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia, *El contrato de concesión de obras públicas...*, cit., p. 272.

44. «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *RAP*, n.º 2, p. 100.

nante para marcar una brecha entre los contratos de servicios y las concesiones de servicio público. A mi juicio, es un riesgo atender sólo a los riesgos.

Es cierto que, en alguna sentencia, el Tribunal de Justicia europeo se hace eco de las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio⁴⁵. Sin embargo, en otras, como las del servicio de transporte en Letonia, insiste en analizar la transferencia de los riesgos. Afirma que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el desajuste entre la oferta y la demanda, la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Como he defendido, a mi juicio, todas esas perspectivas pueden vislumbrarse en términos generales en ambas modalidades. O ¿es que el contratista de un servicio está exento de responsabilidad por los perjuicios que causen sus irregularidades? El concesionario tiene más riesgo, pero como consecuencia de su más compleja y larga prestación.

Si en las concesiones hay que matizar una absoluta exposición a los riesgos, también hay que rechazar que el contratista de un servicio carezca de preocupaciones ante contingencias o fatalidades, esto es, que tenga asegurados todos los posibles avatares durante la ejecución del contrato.

Si en la concesión advertimos que pueden existir más riesgos, es por la sencilla razón de que las prestaciones requieren en muchas ocasiones relevantes gastos de instalación y que la concesión se prolonga durante muchos años por lo que las incertidumbres sobre lo que deparará el futuro deben tenerse en cuenta. El concesionario ha de planificar a largo plazo sus finanzas y calcular el rendimiento; mientras que el contratista de un servicio tiene más acotado su beneficio con el precio cierto de la prestación que se pacta. Mientras que los servicios se dirigen en la mayoría de las situaciones a obtener un resultado inmediato; las concesio-

45. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C 206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C 274/09).

nes suponen la explotación temporal de una actividad, de ahí la mayor presencia teórica de riesgos. El riesgo es un elemento derivado de la entidad del servicio y de su duración.

Permítame el paciente lector poner sobre la mesa unos contratos y pedirle su opinión. Se trataría del transporte que quiere organizar un Ayuntamiento. Por un lado, para facilitar a las autoridades y funcionarios el traslado en las denominadas incidencias que pueden surgir; otro, dirigido a establecer una ruta fija para transporte público. El propósito municipal es abonar los dos servicios pero, así como en el servicio de coches de incidencias pretende que el precio sea variable según su uso; en el transporte público, es más independiente del uso que realicen los vecinos porque la ruta y el horario son fijos. ¿Cuál de los dos contratos tiene algo más riesgo de explotación para el contratista? ¿Debemos entender que los dos contratos han de calificarse como servicios, según la jurisprudencia del Tribunal europeo?

Algún riesgo siempre existe en los negocios. Pero que aparezcan dependerá de otras variables. No de que el contrato sea de servicios o estemos ante una concesión. Si el plazo del contrato es breve, pueden amenazar menos riesgos, que si se prolonga durante décadas. Si hay más prestaciones, es probable que haya que tener en cuenta más riesgos... es una cuestión de las variables que integran el contenido del contrato.

Por todo ello, considero que hay que atender a otros criterios para diferenciar las concesiones de los contratos de servicios. Y, en este sentido, creo que es bueno volver a los clásicos que han ido perfilando las concesiones de servicios públicos como una modalidad de negocio jurídico especial dentro de la gran categoría de los contratos de servicios. Porque la causa del contrato es la misma, es la misma la naturaleza jurídica de esa la *locatio conductio operarum*.

VI. PARA RETOMAR EL TRAYECTO

Desde antiguo hemos estudiado que las concesiones implican la prestación de un servicio al público, mientras que los contratos acogidos en el compendio de los llamados de servicios suponen la prestación de una actividad, de una asistencia, de un servicio a los poderes públicos.

Los contratos de servicios han sido considerados como contratos complementarios, «secundarios», de menor relevancia porque atendían a la Administración, mientras que mediante las concesiones la finalidad

del contrato, el objetivo inmediato era directamente la consecución de una prestación de un servicio público a los ciudadanos, «*uti singuli*». Por supuesto que el interés general está detrás de todo contrato, también en los servicios que recibe la Administración... pero en un grado menor, como secundario. De manera similar a como ocurre en tantos suministros. Ese criterio a mi entender es muy determinante, aunque hay que saber, como recuerda BERNAL BLAY, que durante la tramitación de la ley de contratos desapareció la mención a los destinatarios del servicio en la definición de la concesión. Pero que haya desaparecido del texto legal no le quita su razonabilidad cuando, además, es una de las obligaciones de todo concesionario prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo (art. 280 de la Ley de contratos)⁴⁶.

La previa *publicatio* generaba un régimen también peculiar de responsabilidad en la prestación, así como de exclusividad a favor del concesionario. La Directiva de contratación tiene ecos de la atribución de «poderes especiales y derechos exclusivos» para imponer que se discrimine a los empresarios en los suministros que con posterioridad se suscriban (art. 3 de la Directiva 2004/18). También hemos visto cómo el Tribunal de Justicia admite que se reserven actividades y servicios en determinadas circunstancias, caso de los servicios de socorro en Baviera. De ahí que podría insistirse en esa línea interpretativa de diferenciar las concesiones cuando hay una atribución en exclusiva de la prestación de un servicio, frente a los contratos en mercados competitivos donde varias empresas prestan de manera simultánea similares servicios⁴⁷.

La doctrina ha recordado igualmente que en las concesiones el contratista que explota el servicio tiene encomendada su organización y prestación, mientras que cuando se realizan las actividades contratadas sin asumir su completa organización el contrato es de servicios⁴⁸.

46. *El contrato de concesión de obras públicas*, cit. p. 202.

47. Por ejemplo, el Informe de la Junta consultiva de contratación administrativa 28/07, de 5 de julio de 2007, recuerda que «el contrato de recogida y transporte para la eliminación de los residuos sólidos urbanos, el contrato para la limpieza de las redes municipales de aguas pluviales y aguas residuales, el contrato de limpieza de vías públicas y el contrato de limpieza de playas son contratos administrativos de gestión de servicios públicos, actividades a las que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley Reguladora de las bases de régimen local, en los que se especifica que los municipios ejercerá, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas y en relación, entre otras, con las siguientes materias: recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria...».

48. En este sentido puede verse el Informe de la Junta consultiva de contratación administrativa de 28 de julio de 2008 que rechaza el carácter de concesiones de servicio

Estos criterios son los que hemos deducido de la regulación española, desde la primera sistematización del régimen concesional por el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales. Criterios que han utilizado los Tribunales de Justicia. Bien expresiva es, en este sentido, la sentencia del Supremo de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7523) al afirmar que:

«... preciso es tener en cuenta que la esencia institucional del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en la continua y regular prestación del servicio contratado durante el tiempo que se estipule en el contrato, no siendo su objeto un fin que se agote con el desarrollo de la actividad del contratista sino que, vencido su término o plazo, la misma actividad en cuanto servicio público deberá continuarse prestando por la Administración titular del servicio o por terceras personas a través de los medios previstos en la normativa administrativa para la gestión indirecta de los servicios públicos».

En similar sentido se ha pronunciado durante años la Junta consultiva de contratación administrativa⁴⁹. Aunque, en los últimos tiempos no faltan Informes de órganos consultivos de contratación que se hacen eco de la jurisprudencia del Tribunal Justicia europeo⁵⁰.

Por todo ello, creo que los problemas de delimitación deberían empezar por buscar el pragmatismo de la claridad y seguridad jurídica; y separar varios hilos para no enredar más el ovillo.

público de los contratos de talleres de música, de centros de formación e información de la juventud; o el de 31 de marzo de 2009, relativo al mantenimiento de las zonas verdes.

49. Informe de la Junta consultiva de contratación administrativa 26/07, de 5 de julio de 2007. «Calificación de un contrato para la gestión de un tanatorio: que los contratos que tiene por objeto la gestión de un tanatorio han de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos sin que la forma de retribución de la prestación pueda afectar a tal calificación.
50. Alude a la necesaria asunción de los riesgos por el concesionario, para exigirlo como elemento determinante el Informe de la Junta consultiva de contratación administrativa nº 12/10, de 23 de julio. También nº 41/2011, de 1 de marzo, sobre el transporte escolar que concluye afirmando que será «contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, pero si no es así, y se produce por parte del órgano de contratación la intervención en el mismo en cualquiera de sus aspectos o contenidos, el contrato deberá ser calificado como de servicios». El Informe de la Junta superior de contratación administrativa de la Generalitat valenciana 4/2011, de 22 de noviembre, califica como servicio y no como una gestión de servicios el contrato de «recogida, almacenamiento, transporte a planta de tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos, así como la limpieza viaria del término municipal de Almoradí», al entender que el contratista no asume ningún riesgo y, en consecuencia, informa a favor de repetir el procedimiento de contratación para satisfacer las reglas del procedimiento calificado como armonizado.

Así, a mi juicio, el Derecho europeo de los contratos públicos debería quedar reservado a la consecución del mercado interior, a garantizar los principios de igualdad e inexistencia de discriminaciones, y promover la competencia con una mínima publicidad, como se deduce del Tratado. Sería aconsejable promover la unificación de las Directivas, ya que las reglas de publicidad y la armonización de los procedimientos puede ser similar, y me parece más conveniente dictar un Reglamento, ante lo encorsetado de la regulación.

Otro hilo distinto es el del derecho interno. Ese debe calificar y clasificar los contratos y su régimen sustantivo. Otra cosa sería tirar por la borda más de un siglo de estudio, de construcción doctrinal y jurisprudencial. Eso se podría hacer si la alternativa fuera más equitativa en términos jurídicos o que no generara mayores problemas. Pero, por el momento, a mi entender el Derecho comunitario no ofrece una construcción acabada de los contratos públicos y avanza como escorado por la influencia de algunos Ordenamientos y la desatención de otros. La incorporación de los contratos de colaboración público privada, cuando contamos desde hace décadas con una sistemática de las modalidades de gestión de servicios públicos, es un palmario ejemplo.

Inicié este análisis recordando el tesón de Penélope, y vuelvo a recordar la Odisea al imaginarme un barco inclinado en un mar de imprecisiones y dudas. Conviene navegar recordando los puntos de referencia, entre los que no cabe eludir los Derechos los Estados miembros. Es cierto que el Tribunal de Justicia debe definir e interpretar el Derecho comunitario, pero también ha realizado una buena labor de integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales⁵¹. Eso es lo que demandando. Que recuerde la Odisea y no abra la caja de los vientos de los riesgos. Las mil aventuras que cantó Homero son ilustrativas, para entretenernos, pero no para repetirse en la travesía de la construcción del Derecho comunitario europeo.

51. Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su Tratado de Derecho administrativo. Tomo II *El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., pp. 36 y ss.

La renuncia al contrato por parte del empresario

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha*

I. CRISIS ECONÓMICA Y CRISIS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

No requiere demasiados esfuerzos argumentativos demostrar que la especial intensidad y duración de la crisis económica ha llegado a afectar de forma muy importante a la ejecución de los contratos públicos. En este sentido, durante los últimos años se han aprobado un importante número de reformas legislativas que han intentado solucionar problemas puntuales relacionados con la ejecución del contrato del sector público¹. Pero al margen de todo ello, se han advertido las dificultades de la propia Administración para cumplir sus compromisos contractuales, de forma que la ejecución de los distintos planes de ajuste presupuestario han llevado al desistimiento de contratos no perfeccionados²,

1. Sin ánimo de exhaustividad, sirva como ejemplo el RDley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y del empleo, que pretende facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas incurso en un procedimiento concursal o la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para una visión general de las repercusiones del contexto económico en la evolución reciente de la normativa sobre contratación pública *vid.* MORENO MOLINA, José Antonio, «Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública», *Observatorio de la Contratación Pública*, 2011, Civitas, 2012, pp. 85 a 129.
2. *Vid.* GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 121, 2012, pp. 102-109.

a la reducción del objeto del contrato, modificándolo a la baja³, así como a la resolución del contrato por motivos de interés público, entre los que se han encuadrado sin dificultad los motivos económicos⁴.

Pero también el contratista experimenta en ocasiones graves dificultades en la ejecución de los contratos administrativos⁵, pues es obvio que no ha permanecido incólume a la adversidad de la coyuntura económica. Y desde esta perspectiva, pueden ser múltiples las motivaciones que conducen al licitador o contratista a la renuncia contractual. Entre ellas se pueden citar desde la falta de financiación externa para acometer el proyecto hasta la posible incidencia de situaciones de insolvencia, pasando incluso por la pérdida de interés económico en la ejecución de un contrato cuyo margen de beneficios es previsiblemente inferior al que se habría calculado en el momento de elaboración de la oferta.

Para analizar las respuestas que el Derecho otorga a este amplio núcleo de problemas es preciso distinguir dos tipos de renuncia: renuncia precontractual y renuncia contractual.

En el caso de la renuncia precontractual, la voluntad de no ejecutar el contrato se exterioriza antes de que se haya perfeccionado, es decir, antes de su formalización (art. 27 TRLCSP). Cuando es la Administración la que pierde el interés en el perfeccionamiento del contrato, el art. 155 TRLCSP prevé que la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En todo caso, se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en los que se hubiesen incurrido⁶. Por el contrario, si es el licitador el que retira su oferta o el adjudicatario el que impide la formalización del contrato, será incautada la garantía provisional, si se hubiese solicitado –o el importe equivalente sobre la garantía definitiva–, y en algunos casos, podrá imponerse además una prohibición de contratar. En estos supuestos puede plantearse si, en todo caso, debe incautarse la garantía provisional si hubiere sido exigida o

3. En relación con ello, se puede consultar GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Modificación a la baja del contrato público», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 121, 2012, pp. 110-116.

4. He tenido ocasión de analizar esta cuestión en GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «Desistimiento de la Administración y resolución del contrato», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 122, 2012, pp. 78-85.

5. Resalta las consecuencias de la crisis en este ámbito MIR PUIGPELAT, Oriol, «Contratación administrativa en tiempos de crisis», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 12, 2009, pp. 107 a 114.

6. Sobre las dificultades para la cuantificación de estos daños *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *vid.* «Renuncia a la celebración...», *op. Cit.*, pp. 102-109.

si, por el contrario, acaecido el desistimiento por motivos económicos debe modularse la responsabilidad del licitador. Pero además, y en cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010, y la nueva naturaleza formal de la contratación administrativa, la falta de coordinación interna de las normas que regulan la imposición de la prohibición de contratar en el caso de retirada de la oferta plantea importantes problemas aplicativos, que se agravan por el carácter excepcional de la exigencia de la garantía provisional *ex art. 103 TRLCSP*⁷.

En cambio, la renuncia contractual se produce una vez se ha formalizado el contrato. El TRLCSP regula con todo detalle la posibilidad de que de que la Administración desista del contrato por razones de interés público, contemplando una compensación objetivada a favor del contratista (para el contrato de obras, 6% de la obra dejada de realizar; para el contrato de suministro, el 6 % de lo dejado de suministrar y para el contrato de servicios, el 10 % de los servicios dejados de prestar). Se prevén además los efectos del rescate o supresión en los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos. No obstante, sólo en el art. 269 k) TRLCSP, en el ámbito del contrato de concesión de obra pública, se regula como causa de resolución «el abandono, *la renuncia unilateral*, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales». En todo caso, la renuncia a la ejecución del contrato es evidentemente un incumplimiento contractual grave que permite la resolución del contrato *ex art. 223 TRLCSP*. Aún así, la determinación de los efectos de la renuncia puede resultar harto

7. En todo caso, hemos de señalar que la supresión del carácter obligatorio de la garantía provisional merece una valoración positiva, por la simplificación procedimental y eliminación de obstáculos que supone para los licitadores, especialmente para las PYMES, y para la propia Administración, así como por la poca utilización que se hacía de la figura. *Vid.* MORENO MOLINA, José Antonio, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público. Estudio sistemático*, La Ley, 2012, p. 369.

La regulación que hemos sucintamente descrito en el texto ha de completarse con la existente, en su caso, en la legislación autonómica. Así, por ejemplo, no se exigirá garantía provisional en el procedimiento simplificado regulado en la legislación aragonesa (art. 20 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). Por su parte, el Acuerdo de 11 de octubre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan, para los años 2012 y 2013, disposiciones sobre el régimen de garantías a constituir en los procedimientos de adjudicación de los contratos que se liciten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entes Instrumentales prevé que, salvo supuestos excepcionales, no se exija la constitución de la garantía provisional para participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos convocados por la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales.

difícil, tanto desde la perspectiva de la ausencia de una regulación nítida de los efectos que sobre la incautación de la garantía definitiva produce en general la resolución culpable del contrato, como desde la óptica de la posibilidad de matizar los efectos de la resolución contractual cuando son circunstancias de índole económica las que abocan al abandono del contrato por parte del contratista.

II. LA RENUNCIA PRECONTRACTUAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES. NUEVA DEFINICIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA DE LA OFERTA

Pese al carácter formal de la contratación administrativa, la regulación de la renuncia precontractual, ya sea realizada por la Administración, ya sea exteriorizada por el licitador o el adjudicatario, sigue teniendo como elemento temporal de referencia la adjudicación del contrato. Pareciera bien que el legislador no ha terminado de asumir las consecuencias que la mutación de la naturaleza de la contratación pública conlleva⁸, bien que asumió con excesiva ligereza la laboriosa labor de concordar al nuevo sistema el régimen legal de determinados aspectos de la contratación pública. En todo caso, esta circunstancia dificulta la aplicación del TRLCSP, como exponemos a continuación.

En el caso de que sea el licitador el que renuncie al contrato antes de la adjudicación, establece la norma que se produce una «retirada de la oferta» (art. 103 TRLCSP). Es decir, tiene igual consideración la retirada de la oferta realizada antes de la clasificación de las ofertas, como la realizada después de dicha clasificación. Como es bien sabido, una vez seleccionado el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa, el art. 151.1 TRLCSP dispone que en el plazo de diez días hábiles ha de presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social, de disponer efectivamente de los medios a que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir al ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva. Si no se cumplimenta adecuadamente el requeri-

8. Precisamente por ello, sostiene MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis («El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria "de Recursos"», *Revista de Administración Pública*, 2011, pp. 339) que la Ley 34/2010 ha introducido modificaciones puramente nominalistas en relación con la naturaleza de la contratación pública, de forma que, a su juicio, el momento real del nacimiento de los derechos y obligaciones propios de cada contrato público seguiría siendo el acto administrativo de adjudicación.

miento en el plazo señalado, establece el art. 151.2 se entenderá igualmente que el licitador ha retirado su oferta.

La garantía provisional será incautada a las empresas que retiren injustificadamente su oferta (art. 103.1 TRLCSP)⁹, de forma que garantía tiene carácter penitencial, sin que quepa solicitar además indemnización de los daños y perjuicios ocasionados¹⁰. En el caso de que no se hubiese previsto la constitución la garantía, la retirada de la oferta no tendrá consecuencias económicas¹¹, si bien, en estos casos, es posible imponer la prohibición de contratar prevista en el art. 60.2 d). Así se desprende claramente del tenor literal de este último precepto.

En este sentido, la imposición de la prohibición de contratar, cuyo ámbito de aplicación se restringe a las Administraciones públicas, requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto y subsistirá, en todo caso, durante un plazo de dos años contados desde su inscripción en el Registro Oficial de licitadores y Licitadores y Empresas Clasificadas. La declaración de la prohibición de contratar corresponderá a la Administración contratante y afectará exclusiva-

-
9. Y es que, esta garantía responde al mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del art. 151.2.
 10. CASTILLO BLANCO, Federico, «La modificación del régimen de garantías en la contratación administrativa», *REDA*, n° 106, p. 178.
 11. Así se refleja con nitidez en el IJCCA de 36/2009, de 1 de febrero de 2010. Según el mismo, «la Ley de Contratos del Sector Público dispone en su artículo 91.4 que procederá la incautación de la garantía provisional a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación. Es esta la única penalidad que contempla la Ley de Contratos del Sector Público para el caso que nos ocupa. Para poder exigir una indemnización de daños y perjuicios habría que acudir a la responsabilidad extracontractual toda vez que al no haberse completado el proceso contractual, no puede hablarse de incumplimiento contractual y, en consecuencia, no puede derivarse responsabilidad alguna de esta naturaleza. En efecto, no cabe exigir una indemnización de daños y perjuicios por la retirada de la proposición económica con anterioridad a que el órgano de contratación dicte resolución de adjudicación provisional y ésta se eleve a definitiva. Solo a partir de la elevación a definitiva de la adjudicación provisional cabe hablar de la existencia de un contrato dado que éste se perfecciona por la adjudicación definitiva. Hasta ese momento no se ha producido el necesario encuentro de voluntades para que tal contrato exista. Solo a partir de la existencia de dicho contrato puede hablarse de la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios, al adjudicatario por no formalización del contrato (artículo 140.3 Ley de Contratos del Sector Público) o por incumplimiento de alguna otra obligación contractual que cause un daño o perjuicio a la Administración Pública correspondiente. Naturalmente, queda a salvo la responsabilidad extracontractual, si bien es cierto que respecto de ella no parece posible probar la existencia de daño alguno consecuencia de la retirada de la proposición».

mente a la contratación con la Administración competente para su declaración. No obstante, el Ministro de Economía y Hacienda, previa comunicación de aquéllas y con audiencia del empresario afectado, considerando el daño causado a los intereses públicos, puede extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público.

Una vez producida la adjudicación, el TRLCAP permitía resolver el contrato (ya perfeccionado), con indemnización de los daños y perjuicios irrogados al contratista si esta renuncia era imputable a la Administración [art. 111 b) y 113 TRLCAP] e incautación de la garantía provisional y de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, si la falta de formalización era imputable al empresario. Esta regulación es la que se incorpora a la versión original de la LCSP, si bien tanto el art. 140 LCSP como el art. 156 TRLCSP –con algunas variaciones en la redacción¹²–, en los casos de ausencia de formalización solo prevé ya la incautación del importe equivalente de garantía provisional como consecuencia económica de la resolución del contrato, incautación que sólo podrá producirse cuando se hubiese constituido la garantía provisional¹³, pues como es notorio, en la regulación vigente ésta tiene carácter excepcional.

12. *Vid.* nota 17.

13. El Dictamen 281/2011 de 1 de septiembre de 2009, del Consejo Consultivo de Galicia es realmente expresivo en este sentido. Literalmente afirma que: «el apartado 3 del artículo 140 no prevé otra consecuencia económica, para el contratista que no formaliza el contrato por causas a él imputables, que la pérdida de garantía provisional en su caso constituida para el supuesto de que la Administración acuerde su incautación.

Sucede entonces que, siendo la exigencia de tal garantía una opción de la Administración contratante, en los casos en los que, como lo que se analiza, la Administración no la exige, no es posible hacer efectiva por la Administración una indemnización a cargo del contratista.

Y tal es así porque, además de ser lo dispuesto en el tenor del precepto, la interpretación expansiva de este, considerando que para el caso de no existir garantía provisional podría exigirse del contratista el abono de una cantidad equivalente, choca con la circunstancia de que, como es sabido, la ley no establece para la garantía provisional un porcentaje fijo del precio del contrato, limitándose a establecer su tope en el 3%, por lo que la fijación a posteriori de este importe –una vez incumplido el deber de formalizar el contrato– sería siempre arbitraria.

Así, sin desconocer que la previsión legal puede generar un efecto pernicioso, pues la no exigencia de la garantía provisional puede obedecer más a un criterio de agilización de los trámites, que no de aligeramiento de la responsabilidad de los contratistas, lo cierto es que el apartado 3 del artículo 140 priva a la Administración de la posibilidad de trasladar a la esfera patrimonial del contratista un efecto directo de la responsabilidad dimanante de su incumplimiento determinante de la no formalización del contrato».

Ahora bien, la Ley 34/2010 eliminó la posibilidad de resolver el contrato en los casos de falta formalización, lógica consecuencia del carácter formal que a partir de este momento adquiere en nuestro Derecho la contratación pública, pero no se preocupó de disciplinar la regulación de la renuncia en los casos en los que se ha adjudicado un contrato, que no se ha perfeccionado aún por falta de formalización. Desde el punto de vista de la Administración, ésta sólo puede desistir o renunciar antes de la adjudicación, lo que debería abocar, en los casos en los que un motivo de interés público verificado en este momento aconseje la no ejecución del contrato procedimental, a la perfección y posterior resolución del contrato con importante incremento de las consecuencias indemnizatorias¹⁴. Y en el caso de que sea el contratista el que pierda el interés en el contrato, no puede ya desligarse de sus obligaciones ante una eventual demora de la Administración en la formalización del contrato. Desde esta perspectiva, dispone el art. 156.4 TRLCSP que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese exigido. Probablemente el precepto hubiera debido precisar que en estos casos la Administración tendrá también por retirada la oferta, de forma que podrá solicitar al recabar la documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas¹⁵. Bien es verdad que todo precontrato que precede a un contrato solemne es eficaz interpartes y da origen a una pretensión de cumplimiento¹⁶, por lo que bien hubiera podido preverse la posibilidad de exigir al contratista la indemnización por los daños y perjuicios que su renuncia a la formalización ha ocasionado, que pueden objetivarse en la diferencia económica con la oferta que, dentro de este procedimiento, constituya finalmente el contrato que formalice la Administración.

14. *Vid.* primer epígrafe de este trabajo.

15. Así, el IJCCA 51/2011, de 1 de marzo de 2012, concluye que: «el artículo 151.2 TRLCSP tercer párrafo es susceptible de aplicación analógica al supuesto de no formalización del contrato en plazo por causa imputable al adjudicatario, debiéndose en ese caso entender que el adjudicatario ha retirado su oferta, dándosele por desistido en el sentido del artículo 91 de la Ley 30/1992».

16. *Vid.* CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de los contratos*, Thomson Reuters, 2010, p. 121. Según el art. 1279 CC, según el cual, «si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

De esta forma, la retirada de la oferta por parte del adjudicatario sólo tendrá consecuencias económicas cuando el pliego hubiese previsto la exigencia de garantía provisional¹⁷. Como afirma el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 30 de enero de 2013, rec. 12/2013.

«En el caso de que se produzca la retirada de la oferta entre la adjudicación y la formalización del contrato el artículo 156.4 del TRLCSP permite en el caso de que el contrato no se formalizase por una causa imputable al adjudicatario, que de la garantía definitiva se incaute el importe de la garantía provisional que en su caso, se hubiese exigido. Pero de nuevo nos encontramos con que al no haberse exigido garantía provisional no se pueden trasladar a la garantía definitiva, las obligaciones de que respondería la garantía provisional, por lo tanto no procedería la incautación de la misma para hacer efectiva la responsabilidad por posibles daños causados a ICM como consecuencia de la retirada de la oferta, sin perjuicio de que tales daños, de haberlos se resarzan como corresponda, por vía indemnizatoria»¹⁸.

Pero además, lo que resulta realmente llamativo es que el tenor literal del art. 60.2 d) ha sido interpretado en el sentido de que es incompatible con la posibilidad de imponer en los casos de negativa a formalizar el contrato por parte del adjudicatario una prohibición de contratar¹⁹. De seguirse esta interpretación, en gran parte de supuestos, la retirada de la oferta, si se produce una vez se ha realizado la adjudicación, no tendrá consecuencias de ningún tipo para el adjudicatario.

En mi opinión, es cierto que no sería aplicable el segundo inciso del art. 60.2 d) TRLCSP, que se refiere literalmente al momento de la

17. Esta previsión se introdujo en la Ley 34/2010 que mejoró técnicamente la dicción de la versión original del art. 140.3. Esta aludía a la incautación de la garantía provisional en un momento procedimental en el que se había prestado ya las garantías definitivas. Por lo demás, esta solución ha de reputarse plenamente coherente con la regulación de la retirada de la oferta. Probablemente, lo que debiera perfilarse con mayor precisión son los supuestos de imposición de la prohibición de contratar. Sobre la improcedencia de incautación total o parcial de la garantía definitiva si el contratista no formaliza el contrato por causas a él imputables y no se exigió en su momento la garantía provisional, *vid.* Informe 2/2012, de 24 de febrero, de Informe de la Junta de Andalucía e Informe de la JCCA 51/2011, de 1 de marzo de 2012.

18. No obstante, en mi opinión existen dificultades para situar esta responsabilidad en el ámbito extracontractual, ya que tras la adjudicación existe un precontrato que antecede a un contrato solemne y, como tal, es eficaz inter partes, por lo que la no incorporación de la forma contractual se mueve en la órbita de la responsabilidad contractual (*Vid.* CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de los contratos*, *op. cit.*, p. 121). Otra cosa es que, como indicamos en el texto, la posibilidad de exigir una responsabilidad contractual pudiera haberse recogido en el TRLCSP.

19. En este sentido, *vid.* el Informe 2/2012, de 30 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

adjudicación –«haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el art. 151.2 dentro del plazo señalado, mediando dolo, culpa o negligencia»–. Pero tendría pleno acomodo en la norma imponer la prohibición de contratar en base al primer inciso del precepto –«haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación»–. Es cierto que tradicionalmente este inciso hacía referencia al momento anterior a la adjudicación, pero también lo es que del art. 27 TRLCSP claramente se infiere que hasta la formalización no existe contrato. Ergo, hasta la formalización, la proposición del contratista tiene carácter de oferta y, en consecuencia, hasta el perfeccionamiento del contrato su falta de mantenimiento constituye, en mi opinión sin dificultades, un supuesto de retirada de la oferta.

2. LA EVENTUAL MODULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LICITADORES Y ADJUDICATARIOS

2.1. Planteamiento

Expuesto el régimen general de las consecuencias de la renuncia precontractual, cabe preguntarse si la actual coyuntura económica es motivo suficiente para enervar o modular las consecuencias de esta renuncia. La incautación de la garantía se produce cuando las empresas retiren «injustificadamente» la oferta antes de la adjudicación (art. 103.4 TRLCSP) o cuando la falta de formalización del contrato les sea «imputable» (art. 156.4 TRLCSP).

Por su parte, la imposición de la prohibición de contratar requiere igualmente que la oferta sea retirada «injustificadamente» o que medie «dolo, culpa o negligencia» [art. 60.2 d) TRLCSP].

Desde esta perspectiva, y en base al tenor literal de los preceptos reseñados, la exigencia de culpabilidad para que proceda la imposición de consecuencias económicas a la renuncia precontractual es mucho más tenue que en la regulación de la renuncia contractual, que se basa en la existencia de un incumplimiento literalmente calificado como «culpable». Aunque, como se comprobará del examen de dos tipos de supuestos concretos que se están produciendo en la práctica –la pérdida del interés en ejecutar el contrato propiciada por demoras en la tramitación del procedimiento o la imposibilidad de captar financiación externa–, si se puede percibir una tendencia a la valoración de la existencia de culpa como elemento moderador de la responsabilidad.

2.2. Demoras en la adjudicación o formalización y pérdida del interés en ejecutar el contrato

En determinados supuestos las demoras en la adjudicación y/o formalización del contrato han provocado que su ejecución pierda interés para el contratista, lo que es absolutamente normal en circunstancias económicas y empresariales ciertamente evolutivas. En este sentido el art. 161 TRLCSP establece que de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los contratistas tendrán derecho a retirar su proposición. Ahora bien, en el caso de demora se produzca con ocasión formalización el contrato, ya hemos destacado que el art. 156.4 TRLCSP dispone que si las causas de no formalización del contrato fueran imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar. No existe pues un derecho a renunciar a la adjudicación, ni tampoco a resolver un contrato, pues este no se ha perfeccionado aún (art. 27.1 TRLCSP)²⁰. Pero tampoco se ha reconocido en la práctica que se pueda retirar la oferta sin incautación de la garantía provisional en los escasos precedentes que se han producido.

En efecto, en su interpretación de la legislación ya derogada, la jurisprudencia entiende que procede la incautación de la fianza en los casos de pérdida del interés en el contrato ocasionado por demoras en su formalización.

Así, la STSJ de Madrid de 19 de enero de 2012 (rec. 151/2011) niega la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un supuesto en el que, dado el retraso con que el ente público instó a la formalización del contrato, este había perdido ya el interés económico para el interesado. Se entiende que «las dificultades financieras de la empresa contratista no pueden reputarse como causas imprevisibles ni como fuerza mayor, dado que la evolución económica es cuestión que debe formar parte de toda inversión empresarial solvente».

En el mismo sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2012 (rec. 780/2008), que subraya que la adjudicataria no utilizó el recurso legal que le amparaba (art. 89.2 LCAP) para retirar su proposición, situación que se preveía en el texto legal para el caso de que no se adjudicara el contrato en el plazo de tres meses que, no sólo la ley, sino

20. El carácter formal de la contratación administrativa determina ahora la desaparición del texto legal de la causa de resolución contractual que aquí se analiza, por cuanto, al no estar perfeccionado el contrato antes de su formalización, no existe vínculo contractual que resolver.

el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplaban. De esta forma se concluye que existía la posibilidad de desistir de la condición de licitador en los términos antedichos, mas no de la de adjudicatario sobre la base de una inconveniencia sobrevenida.

Igualmente, resulta interesante el Dictamen 281/2011 de 1 de septiembre del Consejo Consultivo de Galicia, relativo a un supuesto en el que el que el procedimiento se suspende como consecuencia de una medida cautelar acordada en el ámbito de un recurso contencioso-administrativo contra la adjudicación provisional. La renuncia se produce veinte días después de, una vez levantada la suspensión, haberse adjudicado definitivamente el contrato²¹. Precisamente la actitud pasiva del licitador durante el tiempo de suspensión es la que determina que en este caso sea procedente, a juicio del órgano consultivo, la incautación de la garantía²².

21. El contrato fue adjudicado provisionalmente el 19 de julio de 2010. Dada la interposición de un recurso contencioso-administrativo por otros interesados, el 25 de agosto de 2010 se acordó la suspensión del procedimiento de licitación. Levantada en sede jurisdiccional la medida cautelar (auto de 11 de octubre de 2010), con fecha 25 de octubre de 2010 la Junta de gobierno local adjudicó el contrato de obras, siendo notificado dicho acuerdo a la mercantil con fecha 3 de noviembre de 2010. El 25 de noviembre de 2010, se recibió en el Ayuntamiento un escrito de la empresa adjudicataria en la que se solicitaba que se dejase sin efecto la adjudicación definitiva de las obras, con devolución de la garantía aportada.

22. En los términos del dictamen, «en este sentido, la ponderación del principio de equilibrio contractual conduce a considerar legítimo que, ante la suspensión de un procedimiento de adjudicación de un contrato antes de su perfección, el contratista, en consideración de sus legítimos intereses –no siempre coincidentes con el interés público– y en particular, de la organización de su actividad mercantil, pueda instar de la Administración la adopción de medidas de cara a la protección de aquellos, incluso, de ser el caso, la resolución del contrato en atención a la incertidumbre que en el marco de aquella organización produce el desconocimiento del tiempo en el que se podrá proceder a la ejecución de aquel. Y todo esto sin desconocer que el plazo para la resolución del contrato en el caso de suspensión del inicio de las obras por parte de la Administración –supuesto no lejano al que aquí se analiza– es ciertamente amplio, un total de 6 meses.

Mas la actitud del contratista en el supuesto analizado no fue la descrita, pues después de la constitución de la garantía definitiva y después de conocer la suspensión del contrato, permaneció quieto, sin dirigir escrito o comunicación alguna a la Administración contratante, tolerando la demora en la adjudicación del contrato como consecuencia de la suspensión del procedimiento de contratación, no siendo si no después de la notificación de la adjudicación definitiva (el 3 de noviembre de 2010) y después de dejar transcurrir otros veinte días cuando, con fecha 23 noviembre 2010, comunica al Ayuntamiento su determinación de no formalizar el contrato por circunstancias atinentes a su organización.

Resulta así, pues, que el contratista no presentó una renuncia a su oferta, sino un desistimiento unilateral a un contrato válidamente adjudicado, y perfeccionado entonces, descartando su formalización, con base en consideraciones, por lo demás,

En cualquier caso, no puede concluirse que toda retirada de la oferta antes de la perfección es injustificada, a efectos de incautar la garantía y, eventualmente, imponer la prohibición de contratar²³. Desde esta perspectiva, en determinadas circunstancias debería modularse la responsabilidad del contratista en virtud de hechos que le sean ajenos y que guarden la adecuada relación de causalidad con la renuncia al contrato, como pueden ser las demoras en el perfeccionamiento del contrato imputables a la Administración. En los ejemplos reseñados, en definitiva, se resalta una actitud pasiva del licitador –que tuvo oportunidad de retirar la oferta antes de la adjudicación y no lo hizo–, que permiten concluir que su renuncia ha sido culpable.

2.3. La renuncia precontractual en los supuestos de ausencia de financiación externa

En determinadas ocasiones no es posible la adjudicación del contrato porque el contratista no consigue el crédito necesario bien para prestar la garantía definitiva, bien para ejecutar el proyecto. Esta realidad comienza a reiterarse desgraciadamente en la práctica. Sobre algunos de estos supuestos existen ya pronunciamientos jurisprudenciales reseñables.

En primer lugar, en el caso de la adquisición de viviendas militares se ha reiterado que la falta de obtención del crédito hipotecario solicitado para adquirir la vivienda por la cual se había licitado no es motivo suficiente para no proceder a la incautación de la garantía provisional. Entre muchas otras, se pueden citar la STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011 (rec. 1684/2008) o la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2012 (rec. 894/2009)²⁴.

carentes de toda justificación en el expediente, por lo que es apreciable la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 140.3 de la LCSP, la no formalización del contrato por "causas imputables al contratista"».

23. Aunque profundizaremos en esta cuestión más adelante, se suele exigir la existencia de un dolo especial para que proceda la inhabilitación.
24. Según la primera de éstas, la negativa de la entidad bancaria a otorgar el préstamo «no es justificación bastante a los efectos que aquí interesan pues la responsabilidad de disponer de medios económicos para hacer frente al pago de la vivienda por la cual se licitó pesaba sólo sobre el propio ofertante, quien antes de presentar la propuesta debió asegurarse de su solvencia. De admitirse la tesis que se propone en la demanda, es decir, considerar que es justificación suficiente el hecho de que el banco no le conceda el préstamo, quebraría la finalidad que las normas transcritas atribuyen a la garantía y exonerarían de cualquier responsabilidad, con el consiguiente perjuicio para el desarrollo del procedimiento de enajenación y para el resto de los licitadores concurrentes, a quien no se cercioró de poder asumir el precio de la venta».

Mayor interés, a mi juicio, representa la STS de 27 de junio de 2012 (rec. 3637/2011) que ha concluido que la simple falta de formalización de la garantía definitiva por la empresa adjudicataria de la concesión no conlleva, de forma ineludible y automática, la ejecución de la garantía provisional con pérdida de la fianza. De esta forma, en un supuesto en el que la renuncia al contrato se basa en la pérdida de interés económico en su ejecución, unido a la imposibilidad de conseguir financiación externa, se acuerda la incautación parcial de la garantía. Las principales razones en que se sustenta esta solución son las siguientes:

En primer lugar, la esencial condición de cláusula penal de la garantía provisional, que la hace subsumible en la previsión del artículo 1154 del Código Civil.

En segundo lugar, la existencia de supuestos en que el incumplimiento no sólo es imputable al adjudicatario, como cuando concurre la culpa de la Administración o la fuerza mayor. El Consejo de Estado, en el ámbito de contratación administrativa, viene admitiendo la «modulación» de la incautación cuando concurren «rasgos culposos» de la Administración contratante, lo que concuerda con una reiterada jurisprudencia.

En tercer lugar, la aplicación de la normativa y doctrina sobre contratación administrativa, que viene exigiendo para la incautación total de la fianza que el incumplimiento sea imputable al adjudicatario o contratista.

En cuarto lugar, la inexistencia de motivos que impidan extender a la garantía provisional la previsión que afecta a las garantías definitivas y de explotación de ajustar el importe de su devolución a la magnitud del incumplimiento atribuible al concesionario.

Y, por último, el principio general de proporcionalidad impediría cargar con consecuencias extraordinariamente gravosas al adjudicatario en relación con el daño ocasionado al interés público.

De esta forma, la sentencia que reseñamos, dictada en relación con una concesión para la implantación de una planta de biodiesel, tiene en cuenta las dificultades que en el momento de formalización conlleva la realización de un proyecto de este tipo. Aunque rechaza que la crisis económica o las dificultades sobrevenidas en la financiación sean causa de fuerza mayor²⁵, se concluye que:

25. Ello es así porque: «no es preciso reproducir la constante jurisprudencia interpretativa del concepto de fuerza mayor, el cual, en materia de contratación, "aparece íntimamente ligada al riesgo y ventura del contratista, como excepción indiscutida a éste" (Sentencia de 24 de junio de 2009, RC 3799/2007) . Consiste en "factores

«no es apreciable que la extinción de la concesión haya dañado el interés público. Queda acreditado que la Autoridad portuaria, después de la extinción de la concesión, no ha adoptado acuerdo ni iniciado ningún procedimiento destinado al otorgamiento de una nueva concesión mediante el llamamiento de la segunda oferta más ventajosa, pues hubo otros concursantes que quedaron excluidos. Esta actitud es un indicio de la dificultad de acometer en la actualidad un proyecto como el de autos, como prueba la disposición de las Autoridades portuarias de Bilbao y de Cartagena, que aceptaron la extinción por mutuo acuerdo de concesiones semejantes».

Por todo ello, la sentencia considera procedente una incautación meramente parcial de la garantía. Es cierto que el Tribunal Supremo se basa más en la ausencia de daño al interés público –incluso la ausencia ya de este interés en la ejecución del contrato, constatada por la resolución de contratos similares por mutuo acuerdo– que en la minoración de la culpa del contratista en la renuncia por los motivos económicos que hemos resaltado. Sin embargo, atender a estos motivos sería igualmente legítimo para llegar al mismo resultado, entendiéndose que la imputabilidad a la que se refiere el art. 156.4 TRLCSP ha de interpretarse como «culpabilidad», de modo coherente tanto con la regulación de la «retirada de la oferta» (que ha de ser «injustificada» lo que remite a la idea de culpa o negligencia²⁶) como con la regulación de los efectos de la renuncia contractual, que pasamos a analizar seguidamente.

imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista" (Sentencias de 15 de marzo de 2005, RC 5247/2000 , y 27 de octubre de 2009, RC 763/2007). Se trata, como es notorio, de acontecimientos que, aun cuando se hubieren previsto, habrían sido inevitables; surgen de elementos exteriores a la empresa o ajenos al círculo de actuación del obligado, excediendo de las contingencias propias del riesgo asumido por el concesionario. En lo que aquí respecta, los efectos derivados de la pérdida de valor de las empresas de biodiésel y la dificultad sobrevenida de financiación no son causas de fuerza mayor y pertenecen a las previsiones que hubo de considerar la empresa concesionaria para participar en el concurso. El cambio de valor de las empresas destinadas a la fabricación de dicho combustible hay que considerarlo dentro del riesgo empresarial, por ser una eventualidad que puede producirse durante la vigencia de una concesión con una duración de 20 años como la de autos, correspondiendo al riesgo y ventura que asume el adjudicatario. Asimismo, y sin negar la incidencia negativa de la crisis financiera en las necesidades de financiación del proyecto de la concesionaria, la disposición de los recursos económicos que este hubiera requerido constituye una previsión elemental de todas las empresas licitadoras, cuyo fracaso no exonera de toda responsabilidad».

26. Desde esta perspectiva, puede entenderse sin dificultad que es negligente la presentación de una oferta que contenga errores. *Vid.* 62.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que dispone que «a efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error,

III. LA RENUNCIA CONTRACTUAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA RENUNCIA COMO INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA

El incumplimiento del contrato por parte del contratista faculta a la Administración bien a exigir el estricto cumplimiento del contrato, bien acordar la resolución con posibilidad de exigir al contratista la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Con carácter general y de manera expresa, el TRLCSP no regula el abandono o renuncia del contrato como causa de resolución.

En efecto, el art. 223 TRLCSP recoge de manera implícita esta causa de resolución en dos apartados distintos: en primer lugar, según el apartado d) es causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo para el inicio de la ejecución del contrato, y en el apartado f) del citado precepto se contempla como causa de resolución de los contratos públicos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. En comparación con el régimen establecido con carácter general, en la regulación del contrato de concesión de obras públicas se contemplan expresamente como causas de resolución del contrato los supuestos de «renuncia unilateral» y «abandono», supuestos en los que el contratista, bien explícita –renuncia– bien implícitamente –abandono–, pone de manifiesto su intención de no ejecutar el contrato [art. 269 j) TRLCSP]. En cualquier caso, el hecho de que la renuncia por parte del contratista a la ejecución del contrato no estuviese prevista en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como causa de resolución no había impedido declarar que, por aplicación de los principios generales de la contratación, la renuncia expresa del contratista constituye causa de resolución del contrato, sin que sea necesario esperar a la demora en la ejecución para acordar dicha resolución. Así lo reconoció el Informe de la Junta de Contratación Administrativa 27/99, de 30 de junio de 1999. Y así ha de mantenerse en la interpretación del texto normativo ahora vigente.

Desde otra perspectiva, el régimen jurídico de la resolución contrac-

o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición». En relación con la aplicación de este precepto, *vid.* STSJ de Madrid de 4 de abril de 2012, rec. 244/2010, IJCCA de 36/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 3/2012, de 15 junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

tual se basa en la determinación de qué parte ha sido la responsable del incumplimiento contractual. Y en este sentido, el abandono o la renuncia unilateral a la ejecución del contrato, por parte del contratista es calificable sin duda como incumplimiento a él imputable, sin perjuicio de que además pueda calificarse como culpable. Sirva como ejemplo la STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de septiembre de 2007 (rec. 1199/2003), que califica el incumplimiento contractual como culpable²⁷.

Del mismo modo, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 670/2009, de 30 de julio de 2009, califica como culpable la renuncia a un contrato de suministro por falta de renovación del acuerdo de comercialización con una tercera empresa que suministraba los productos al adjudicatario. Y es que la imposibilidad alegada se refiere a una causa interna y derivada de criterios organizativos de la propia empresa. En relación con un supuesto similar, *vid.* SAN de 20 de abril de 2012 (rec. 51/2011).

Desde esta perspectiva se ha mantenido que la calificación del incumplimiento como culpable es conforme a Derecho aunque el abandono haya estado precedido de impagos por parte de la Administración [SAN de 5 julio 2006 (rec. 681/2005)] o a pesar de la existencia de indefiniciones en el proyecto que hagan imposible la ejecución de la obra [STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de mayo de 2006 (rec. 2799/2001)] siempre que el contratista se prestara a conformar el acta de comprobación del replanteo. Como destaca Ernesto GARCÍA TREVIJANO²⁸, los principios que dimanen del art. 1124 CC no operan con plenitud en la contratación administrativa, de modo que la Administración, a pesar de no haber dado cumplimiento a sus obligaciones, podrá acordar la resolución del contrato por culpa del contratista. De esta forma, la *exceptio non adimpleti contractus*, como advierte GONZÁLEZ VARAS²⁹ podrá aplicarse únicamente la modulación de los efectos que produce la resolución por incumplimiento del contratista. Pero más bien, en mi opinión, lo que

27. En los términos de la misma «ese desistimiento, a la vista del principio de riesgo y ventura del artículo 98 del RDL 2/2000 y del mandato tajante del artículo 110.1 ya transcrito, debe ser calificado como culpable a los efectos previstos en el número 4 del artículo 113 del mismo texto legal, pues medió una renuncia de la contratista que no estaba autorizada o permitida por las cláusulas de la contratación y que implica una contravención al artículo 110.1; conducta que es voluntaria».

28. GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto, «La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público». *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 14, pp. 162 y 163.

29. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «La *exceptio non adimpleti contractus*» (quien incumple sus obligaciones no puede obligar al cumplimiento) en el Derecho administrativo, *Revista Española de Derecho administrativo*, n° 157, 2013, p. 206.

sucede en estos casos es que aún siendo claramente imputable al contratista el incumplimiento, en alguno de estos supuestos no existe una culpabilidad exclusiva en la resolución por parte del empresario, por lo que se matizan los efectos ordinarios de la resolución contractual. Para ésta, basta que el incumplimiento sea objetivamente imputable al contratista.

Desde esta perspectiva, no debe sorprender la modulación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento cuando éste es concurrente con incumplimientos de la Administración contratante o incluso, cuando en la cadena causal que conduce a la renuncia aparezca un hecho externo e imprevisible. Ello se reconoce con normalidad en el ámbito del Derecho privado. En efecto, en el sistema contractual español se admiten generalmente tres grandes tipos de criterios de imputación del incumplimiento en sentido material a un contratante:

1) *Dolo*: para el dolo como forma de imputación del incumplimiento en sentido material bastaría con que la parte contractual se aparte conscientemente las conductas contractuales que pesaban sobre ella. No haría falta ninguna intención o ánimo especial. Incumplimiento doloso sería, en esta visión, incumplimiento consciente y voluntario, que no precisa de intención especial de causar daño, ni malicia, fraude o mala fe cualificada.

Señala GÓMEZ POMAR³⁰ que a pesar de que la descrita es la posición dominante en jurisprudencia (y también en doctrina), lo cierto es que existen argumentos muy sólidos en Derecho español para reservar la calificación de incumplimiento doloso, a los efectos de los arts. 1102 y 1107 CC, que son los ámbitos de mayor relevancia de tal calificación, a los incumplimientos que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales. Las consecuencias de la calificación dolosa del incumplimiento no son, al menos en el plano de los efectos jurídico teóricos, baladíes³¹.

30. GÓMEZ POMAR, Fernando, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret*, nº 3, 2007. Por su parte, CLEMENTE MEORO, Mario E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, 2009, p. 30 distingue tres líneas jurisprudenciales de interpretación de la «voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento» que fundamentaría la resolución del contrato privado.

31. En efecto, si se considera doloso el incumplimiento,
i) no son eficaces las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual.

Como tendremos ocasión de comprobar, esta segunda concepción de dolo es probablemente la más consistente con la determinación de las consecuencias del incumplimiento contractual en Derecho administrativo.

2) *Culpa o negligencia*: para esta forma de imputación basta con que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato y/o las normas imperativas o dispositivas aplicables, los usos y la buena fe.

3) *Responsabilidad objetiva*: aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto. Esta responsabilidad, tendría como límite los supuestos de fuerza mayor.

En el ámbito del Derecho contractual público, como tendremos ocasión de comprobar, el abandono del contrato es siempre un incumplimiento imputable al contratista. Ahora bien, sus consecuencias difieren en la práctica en función del criterio de imputación del incumplimiento³². Como ha reiterado la jurisprudencia, no cabe identificar «el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción» de forma que «la incautación de la fianza está reservada, en efecto, para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando en tales casos como indemnización previamente fijada» (entre otras, y las que allí cita, STS de 14 de junio de 2002 (rec. 3008/1997). De hecho, según el art. 223 d) y apartado f) TRLCSP el mero incumplimiento objetivo es causa de resolución³³. La

(ii) no se modera la cláusula penal aun siendo teóricamente aplicable a los hechos enjuiciados el art. 1154 CC.

iii) no juega el límite de la previsibilidad a la indemnización de daños (art. 1107.2 CC)

(iv) acaso se indemnizará con mayor probabilidad y alcance el daño moral contractual.

32. Frente a ello, CUERDA MAS, Jorge («Renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva», *Revista CEMCI*, nº 12/13, 2011, p. 13) considera un «error mayúsculo» distinguir entre incumplimiento culpable e imputable al contratista. No obstante, por las razones avanzadas en el texto, la distinción nos parece plenamente trasladable a la esfera de la contratación pública.

33. En el ámbito de la demora en la ejecución, dispone el art. 212.4 TRLSP que cuando al contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades. Por su parte, añade el art. 213 TRLCSP que si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos, se concederá

indemnización de los daños y perjuicios se reserva al incumplimiento «culpable» del contratista (art. 225.3 TRLCSP), así como la imposición de una prohibición de contratar sólo se impondrá cuando los empresarios hayan dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados «culpables» a la resolución de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública [art. 60.2 a) TRLCSP].

2. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR RENUNCIA O ABANDONO DEL CONTRATISTA

2.1. Abono del precio correspondiente a la prestación realizada

El hecho de que el contratista sea el responsable de la extinción anticipada no implica que pierda todos sus derechos frente a la Administración. Nuestro ordenamiento siempre ha reconocido el derecho a la liquidación del contrato, consagrado en la actualidad, en términos coincidentes con los del TRCAP de 2000, en los artículos 239, 271, 288, 300 y 309 TRLCSP para los contratos, respectivamente, de obra, concesión de obra pública, gestión de servicio público, suministro y servicios.

por la Administración una prórroga. Bien es verdad que en la práctica quizá los conceptos de imputabilidad y culpa lleguen a confundir. Así en la STS de 14 de junio de 2002, se afirma que «sin que la obra haya sido realizada constituye una causa objetiva que legitima la resolución del contrato, pero tan drástica afirmación no puede compartirse sin matices, ya que a diferencia del régimen contractual de las relaciones jurídico-privadas, recogido a los efectos que aquí interesan en el artículo 1124 del Código Civil, en el que la existencia o no de culpa no constituye un dato definitivo a la hora de acordar esa resolución, la Ley de Contratos del Estado, en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, sólo permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le es imputable (arts. 45, 52.1 y 53 LCE)». Ahora bien, a continuación la distinción es más nítida, pues no cabe identificar «el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción. La incautación de la fianza está reservada para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando entonces como indemnización previamente fijada (STS de 22 de julio de 1988). Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998, "las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 o de 10 de julio de 1990)", por lo que, ciertamente, si el incumplimiento es imputable al contratista deviene causa de resolución del contrato (artículos 53.1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero "no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante"». *Cursiva nuestra.*

Como destacara el Tribunal Supremo en relación con el contrato de obras, el incumplimiento del contratista «no extingue su derecho a cobrar la parte de la obra ya realizada que sea de recibo y no haya sido pagada hasta el momento. Lo contrario podría ser un inadmisibles enriquecimiento injusto» (STS de 14 de marzo de 1988).

En este sentido, la más reciente STSJ de la Región de Murcia de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 368687) tiene ocasión de afirmar que:

«Esta valoración pericial del trabajo entregado revela también que el objeto del contrato no se cumplió totalmente por la contratista, pero con arreglo al artículo 215.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [...] tiene derecho la demandante a que se valoren los trabajos entregados [...]».

Por otro lado, la STSJ de Galicia de 10 de mayo 2007 (rec. 5563/2003) considera que no es aceptable que la obra ejecutada sea valorada en cero cuando en la práctica está siendo utilizada.

Por su parte, en relación con el contrato de concesión de obra pública el art. 271 TRLCSP dispone literalmente que «en los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares». En relación con este precepto, la STS 14 de mayo de 2012 (rec. 3028/2008) ha precisado que el período de amortización comienza con la vida de la concesión. Y esta se remonta no el momento del comienzo de la explotación de la obra, sino al más lejano en el tiempo correspondiente al inicio de la ejecución de la obra.

Por lo demás la sentencia citada, confirmando el criterio STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2008 (rec. 42/2005) entiende que el valor de la obra ejecutada debe actualizarse mediante el empleo de las fórmulas de revisión de precios y no mediante la aplicación del IPC.

2.2. La discutible posibilidad de incautar la garantía definitiva en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista

a) Consideraciones generales: el inacabable diseño de la función de la garantía definitiva en el Derecho español. La tortuosa interpretación del art. 225.3 TRLCSP.

Aunque en nuestro Derecho la exigencia de garantías ha sido tradicional la naturaleza jurídica de la obligación cubierta por estas garantías ha experimentado prácticamente una variación en cada una de las normas vertebradoras de la contratación pública que se han sucedido. Hasta el punto de que en la actualidad, como explicaremos seguidamente, se debate si la incautación de la garantía es un efecto automático en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. Ello justifica una somera referencia a la regulación de los efectos del incumplimiento en nuestro Derecho más reciente, tras hacer una breve referencia a los distintos tipos de cláusula penal que reconoce el Derecho privado.

Nuestro Código civil regula dos tipos de cláusula penal (arts. 1152 y 1153)³⁴:

Pena «sustitutiva» o «liquidatoria» de la indemnización de daños: es la que únicamente sustituye a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento fijada conforme a las normas generales sobre responsabilidad contractual. Mediante esta pena convencional, los contratantes estiman y liquidan anticipadamente los daños que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento retrasado o defectuoso del contrato. Este tipo de pena constituye la regla general en el sistema del Código civil, de manera que, a falta de pacto expreso de los interesados, la ley presume que la pena pactada es meramente sustitutiva de los daños y perjuicios (art. 1152-1º CC). Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización de daños al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso³⁵.

Pena «cumulativa», o «en sentido estricto»: es la que se acumula con la indemnización de daños fijada conforme a las normas legales, agravando así la responsabilidad del deudor. Tiene carácter excepcional, dado que sólo opera cuando así lo acuerden expresamente los interesados (arts. 1152-1º y 1153-2º CC). De esta forma, salvo que se pacte como cumulativa o estrictamente sancionadora, la pena liquida o sustituye la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento³⁶.

34. Entre muchos otros, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4, 2010, pp. 5 y ss.

35. GÓMEZ POMAR, Fernando, «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 28.

36. Junto a ello, la *multa penitencial*, reconocida en el art. 1153 CC, conlleva la posibilidad de que la fijación de una pena (o multa) se lleve a cabo para permitir a una de las partes desentenderse de una relación obligatoria constituida. Lo hace de forma negativa: «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho».

Partiendo de estos precedentes, el art. 53 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 disponía que «cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios». De esta forma, incautación de la fianza e indemnización de daños y perjuicios eran efectos independientes³⁷ y la garantía respondía al cumplimiento de una pena cumulativa en sentido estricto. Y ello pese a que en el ámbito de la Administración local, el Reglamento de las Corporaciones locales de 1953 seguía estableciendo que la resolución por incumplimiento del contratista provocaba la pérdida de la garantía provisional (art. 97) y, «si la garantía resultare insuficiente para hacer efectivas las responsabilidades del licitador o contratista, se procederá contra los demás bienes del interesado» (art. 98). De esta forma, en esta última disposición, la garantía respondía de los daños y perjuicios, y sólo si su importe no era suficiente para su total reparación, la Administración tenía opción de reclamar al contratista la cantidad procedente. Es esta opción de configuración funcional de la garantía es la que se establece en los arts. 114.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 1995 y en el art. 113.4 del Texto Refundido de 2000. Dichos preceptos determinan que «al contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en los que exceda del importe de la garantía incautada». Por ello, ha de advertirse en nuestro Derecho una progresiva vinculación de la garantía a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Vinculación que se había hecho incluso presente en la interpretación de la legislación de 1965, en la que, si bien es evidente que esta disposición acentuaba el valor punitivo de la incautación de la garantía, lo cierto es que en la práctica en ocasiones se percibía la incautación no como una auténtica «pena cumulativa», sino como una indemnización predeterminada y a tanto alzado de los perjuicios de difícil cuantificación³⁸. Es decir, en ocasiones no se asumió

37. Como señala BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2 ed., Marcial Pons, 2011, p. 179, es evidente que esta disposición acentúa el valor punitivo de la incautación de la garantía, lo que la aleja de las cláusulas penales previstas en el art. 1152 CC.

38. Resulta especialmente elocuente en este sentido la STS de 14 de junio de 2002 (rec. 3008/1997). De esta forma, «la relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en sentencias como la de 11 julio 1988, donde se resalta que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización. De este modo, la incautación de la fianza por culpa del contratista y la indemnización de daños y perjuicios (art. 53 LCE) están estrecha-

completamente el carácter sancionador de la garantía, o dicho en otros términos, en la interpretación del TRLCAP no se llegó a precisar si la naturaleza de la fianza era constituir una cláusula penal o un elemento de carácter eminentemente indemnizatorio. En todo caso, como era evidente, en Ley de Contratos de 1995 (al igual que en el TRLCAP) la garantía definitiva se configura como una «indemnización de carácter mínimo y de cuantía objetivada»³⁹. De esta forma, la incautación de la fianza era automática en los casos de incumplimiento culpable del contratista⁴⁰. A esta incautación, podía añadirse el efecto indemnizatorio sobre los daños y perjuicios causados. Esta regulación es todavía aplicable a los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP que se hayan aún extinguido⁴¹.

mente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera». En el mismo sentido, afirma el Consejo Consultivo andaluz en su dictamen 698/2008 que «la fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación (...); son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva (...). La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento que se agota en sí misma, esto es, una cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio». Ahora bien, en ocasiones, esta vinculación de la fianza con la reparación de los daños y perjuicios de difícil valoración no es tan nítida. Así STS de 21 de mayo de 2002 (rec. 946/1997), según la cual «la STS de 14 mayo 1988, confirmada por la de 1 diciembre del mismo año, reconoce que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretables en el incumplimiento que haya podido producir (arts. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General). La indemnización se produce "además" de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades "ultra vires cautiones", pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil».

39. GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto, *El régimen de garantías en la contratación administrativa*, Civitas, 1997, pp. 161 y 162; CASTILLO BLANCO, Federico, «La modificación del régimen...», *op. cit.*, p. 179.
40. Así lo viene reconociendo la jurisprudencia. Entre la más reciente, y sin ánimo de exhaustividad, se puede citar la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de septiembre de 2007 (rec. 1199/2003), según la cual, «de esa forma y como actúa a modo de cláusula penal se producirá la pérdida de la fianza, que es un efecto distinto al de la indemnización de daños y perjuicios: el término además empleado en aquella disposición legal indica un plus a la incautación de la garantía». Del mismo modo, *vid.* la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de noviembre de 2008 (rec. 758/2004).
41. Es preciso recordar que según la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la Ley 30/2007, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. *Vid.* igualmente la disposición transitoria primera TRLCSP.

Desde un punto de vista valorativo, algunos autores pusieron de manifiesto las insuficiencias del nuevo sistema. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ⁴² defendieron de *lege ferenda* la configuración de la fianza como indemnización como cifra alzada, como una auténtica cláusula penal, en base a dos argumentos: en primer lugar, dispensar de las liquidaciones analíticas de daños, sumamente complejas y casi siempre conflictivas; en segundo lugar, tasar la responsabilidad del contratista a un límite cierto, excluyendo así las onerosísimas responsabilidades que podría derivarse de una alteración de los servicios públicos⁴³. Por su parte, para BARRERO RODRÍGUEZ⁴⁴ el 114.3 LCAP, al prescindir de la entidad del daño causado a la Administración, consagraba una regla materialmente injusta⁴⁵.

En cualquier caso, con ocasión de la aprobación de la Ley 30/2007, se da una nueva redacción al precepto relativo a los efectos del incumplimiento, de modo que la configuración institucional de la garantía parece experimentar una nueva mutación. De esta forma, el vigente 225.3 TRLCSP (al igual que hizo art. 208.4 LCSP) dispone que «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la administración de los daños y perjuicios ocasionada. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada». Añade el apartado 5 del vigente art. 225 TRLCSP que «en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía, que, en su caso, hubiese sido constituida».

42. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón *Curso de Derecho Administrativo*, I, 10 ed., Civitas, 2000, p. 754.

43. Literalmente añaden los citados autores en este punto que «como en otras reglas igualmente beneficiosas para el contratista, la Administración no pretende sentar plaza de benignidad, sino obtener el beneficio económico tangible de descargar los precios de sus contratos del sobrecosto que una cobertura de un riesgo tan extenso haría gravitar sobre las ofertas de los contratistas».

44. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución...*, *op. cit.*, p. 195.

45. En los palabras de la citada autora, «con la regla establecida en el art. 113.4 TRLCAP se llega, en suma, al resultado que no deja de ser paradójico y, quizá, materialmente injusto, de que mientras menor sea el daño que el incumplimiento culpable del contratista causa a la Administración más alta será la cantidad incautada en concepto de pena. En términos, sin duda más gráficos: si los daños superan el importe de la garantía no existe, en puridad, una pena pues toda ella queda adscrita a su indemnización; si los daños se acercan a su cuantía la pena será muy baja; y si los daños son escasos o, incluso, no existen, la pena será más alta».

De la lectura literal del precepto se desprende, en mi opinión fácilmente⁴⁶, que la garantía deja de tener carácter sancionador, habiendo dado el legislador un último paso para vincular la garantía ineludible y definitivamente a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la resolución⁴⁷. De esta forma, la incautación de la fianza constituye un medio para asegurar la efectividad inmediata y, en su caso parcial, de las indemnizaciones debidas a la Administración contratante por los daños causados por la resolución del contrato, daños que, habrán de evaluarse para proceder a los oportunos reajustes. Así lo establecía, del mismo modo, el artículo 125.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuya redacción original no ha experimentado cambios hasta la fecha⁴⁸.

46. *Vid. infra*.

47. En un sentido similar, *vid.* FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *Contratación Pública*, tomo II, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 882 y 883. BAÑO RIQUELME, Tomas y MORALES ILLÁN, Rafael, «La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva ley de contratos del sector público», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 12, 2009, pp. 116 y 117; CUERDA MAS, Jorge, «Renuncia contractual...», *op. cit.*, p. 12.

No es esta, sin embargo, la opinión unánime de la doctrina. Entre los autores que no advierten cambio alguno respecto a la regulación anterior, *vid.* LOSADA GÓNZALEZ, Herminio, «Comentario al art. 208», en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, p. 1964. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 15 ed., Civitas, 2011, p. 796) consideran que la resolución del contrato por incumplimiento culpable da lugar a la incautación de la fianza, que tendría el carácter de pena convencional cuya imposición no libera al contratista del deber de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios materiales que el incumplimiento haya podido producir, considerando que el art. 208.4 LCSP es «taxativo» al respecto. Del mismo modo BERMEJO VERA, José, («Garantías en la contratación del sector público», en la obra colectiva dirigida por él mismo, *Diccionario de la Contratación Pública*, Iustel, 2009, p. 356) aunque reconoce que uno de los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista es el de la incautación de la garantía definitiva para hacer efectivas las indemnizaciones procedentes por los daños y perjuicios causados, añade que, si efectivamente hay incumplimiento culpable del contratista «la pérdida de la garantía es prácticamente automática». *Vid.* igualmente MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. 3 ed, La Ley, 2011, pp. 707 y 1014.

48. Según el precepto, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, lo que se determinará en resolución motivada atendiendo a la existencia, entre otros factores, de un retraso en la inversión proyectada o en la prestación del servicio a terceros o al público en general y los mayores gastos que se imputen a los fondos públicos. Cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, estas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si éstas resultasen insuficientes la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público».

Ahora bien, la reforma introducida por el TRLCSP no ha sido totalmente coherente. Probablemente debido más a una mera inercia que a una opción deliberada del legislador, no se ha modificado el art. 102.1, relativo a los supuestos de incautación de la garantía, que sigue disponiendo que «la garantía no será devuelta o cancelada hasta (...) que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista». Pero además, frente a la regla general que establece una función únicamente indemnizatoria de la garantía, existen regulaciones especiales en lo que atiene a la incautación de la fianza en el ámbito del contrato de obras públicas y en un contrato muy determinado de servicios. En el primer caso, dispone el art. 271 TRLCSP que cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de garantía incautada⁴⁹. En segundo lugar, el art. 310 TRLCSP regula la subsanación de errores y corrección de deficiencias en el contrato de elaboración de proyectos de obras. Tanto si la Administración opta por resolver el contrato (art. 310.3), o como si esta misma resolución es consecuencia de la falta de subsanación en el plazo que a este efecto se conceda (art. 310.4), «procederá la incautación de la garantía», debiendo además el adjudicatario abonar la garantía fijada en la Ley.

La falta de coordinación interna de la Ley, lo que en mi opinión, como señalaré más adelante obedece simplemente a una deficiente técnica legislativa, ha propiciado que un sector cualificado de la doctrina haya defendido que la LCSP (ahora TRLCSP) siga imponiendo como consecuencia necesaria del incumplimiento culpable de la Administración la incautación de la garantía. En este sentido BARRERO RODRÍGUEZ⁵⁰

Interpretando este precepto, el Tribunal Administrativo de Navarra, Sección 2ª, ha concluido que pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. (*vid.* Resolución de 12 julio de 2011).

49. En su día ya criticamos la asistemática opción del legislador de introducir un completo régimen de resolución de los contratos de concesión de obra pública, en algunos puntos contradictorio con el general [GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, «La extinción del contrato de concesión de obras públicas», en Puerta Seguido (dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2009, p. 186]. En todo caso, en cierto modo pudiera plantearse que debido al juego del art. 271.1 TRLCSP, la resolución unilateral por parte del contratista de un contrato de concesión de obra pública pueda resultar más onerosa y gravosa para el interés público que la de cualquier otro contrato administrativo, y de ahí que pudiera justificarse la subsistencia de un régimen especial.
50. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución...*, *op. cit.*, p. 206. En relación con la incautación de las fianzas, subraya GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto («La resolución de los contratos ...», *op. cit.*, p. 161), que no se comprende

no entiende cómo la regla que aquí defendemos se compatibiliza con la establecida ahora en el art. 102.1 TRLCSP que supedita la devolución de la garantía a la resolución del contrato sin culpa del contratista, culpa que constituye justamente el presupuesto de hecho para la aplicación de los efectos previstos en el art. 225 TRLCSP. Especialmente sugestivos son los esfuerzos interpretativos de GARCÍA TREVIJANO⁵¹, quien además de subrayar que el término «pérdida» o «incautación», con su significación propia y acuñada sigue presente ahora en el TRLCSP [art. 225.4⁵² o 100 c)⁵³]. De esta forma, el art. 225.3 TRLCSP regularía los efectos indemnizatorios, del incumplimiento culpable del contratista, mientras que el art. 225.4 los efectos «sancionadores» o sobre la incautación de la garantía⁵⁴. A ello se añade un argumento de carácter más práctico: si todo se hace depender de que la Administración demuestre la realidad, efectividad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del contratista, sin duda muchos contratos se extinguirán por culpa del contratista sin que éste deba indemnizar a la Administración, fundamentalmente como consecuencia de las dificultades de probar tales daños y perjuicios⁵⁵.

la razón de que el incumplimiento culpable del contratista de concesión de obras públicas o de elaboración de proyectos de obras lleve consigo necesariamente la incautación de la garantía constituida, y no acontezca lo mismo, en cambio, si se trata de otros contratos administrativos. Ahora bien, mientras el autor refuerza con este argumento la necesidad de realizar una interpretación integradora, que supere el tener literal del art. 225.2 TRLCSP, ante la claridad precisamente de este precepto simplemente resaltar las inexplicables incoherencias en las que incurre el legislador, que dificultan la aplicación de una normativa ya de por sí suficientemente densa y compleja.

51. GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto, «La resolución de los contratos ...», *op. cit.*, pp. 158 a 161.
52. Según el artículo, «en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable».
53. Este precepto, como es sabido, dispone que «la garantía responderá de los siguientes conceptos: de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido».
54. En apoyo de tesis de Ernesto GARCÍA TREVIJANO hemos de admitir que el artículo 4 del RDLeg. 6/2010, de 9 de abril, de medidas de impulso de la recuperación económica y el empleo. Dicho precepto, como sabido, añadió al art. 208.4 LCSP (225.3 TRLCSP) el siguiente inciso «sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución de contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiese sido calificado como culpable». Parece así que el legislador sigue atribuyendo, de forma poco nítida, una función sancionadora a la garantía, lo que no deja de ser algo contradictorio con lo establecido en el art. 208.3 LCSP (ahora 225.3 TRLCSP).
55. En un sentido similar, *vid.* CARBONERO GALLARDO, José Miguel («Las garantías en la

El único precedente jurisprudencial que se ha encontrado que aplica ya la LCSP es la STSJ Galicia de 31 de mayo de 2012 (rec. 4031/2012) que confirma la adecuación a Derecho de la incautación de la fianza, sin que no obstante, en su razonamiento se refleje el cambio normativo experimentado.

Por otro lado, la doctrina de los órganos consultivos no es unánime en relación con los efectos que sobre la garantía tiene la resolución del contrato imputable al contratista. De esta forma, se mantienen dos posturas claramente diferenciadas entre aquellos órganos consultivos que consideran que la incautación de la garantía ya no es automática, y aquellos otros que argumentan que no se ha operado cambio sustancial alguno. Como ya hemos adelantado, la deficiente técnica normativa empleada, al no haberse alterado el contenido del art. 102 TRLCSP frente a sus precedentes, justifica la disparidad de criterios.

El Consejo de Estado mantiene una posición según la cual si bien la incautación de la fianza deja de ser automática, puede ser retenida hasta la aprobación del expediente contradictorio en el que se cuantifiquen los daños causados a la Administración.

Así, según el DCE 1121/2012, de 8 de noviembre de 2012,

«Del expediente se desprende con claridad que el incumplimiento culpable de ha causado daños y perjuicios a la Administración, que no ha podido realizar su programa de sustitución de calderas en las viviendas militares de Ceuta y que ha tenido que atender las necesidades más urgentes que se han producido en la materia incurriendo en costes mayores que los que se hubieran derivado de la correcta ejecución del contrato.

Así las cosas, no puede el Consejo de Estado considerar adecuada la sugerencia contenida en la propuesta de resolución conforme a la cual "procede la cancelación de la fianza constituida, dado que los daños y perjuicios habidos, sin duda existentes, resultan difíciles de precisar por la imposibilidad de acreditar la cuantía de los mismos". Más bien se diría que los daños de que se trata responden a una descripción lo suficientemente precisa como para permitir una cuantificación,

contratación administrativa», *Noticias de la Unión Europea*, nº 298, 2009, p. 40), quien advierte que tratándose de una cuestión particularmente consolidada dentro del régimen de las garantías de los contratos administrativos, no aprecia novedades respecto a la regulación anterior que el TRLCAP agrupaba bajo la denominación de *extensión de las garantías*. Añade el autor que así lo expresarían con claridad los arts. 208.4 y 247.4, en relación con la indemnización de daños y perjuicios en los casos de resolución de contratos por incumplimiento culpable del contratista: en tales casos, la indemnización se hará efectiva, en primer término sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

VI. LA RENUNCIA AL CONTRATO POR PARTE DEL EMPRESARIO

que debería hacerse mediante un expediente contradictorio, hasta cuya terminación deberá retenerse la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños habrá de hacerse efectivo en primer término con cargo a ella [...]».

Por su parte, el DCE 646/2012 de 5 de julio de 2012 tiene ocasión de afirmar que:

«No cabe duda de que el incumplimiento culpable del contratista supone un daño a los intereses públicos pero la cuantificación y valoración de los perjuicios debe hacerse mediante expediente contradictorio, excluyendo de ellos, en todo caso, el precio de instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio. Por otra parte, en el caso presente, no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos».

En el mismo sentido el Dictamen 992/2011, de 1 de septiembre de 2011, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, según el cual,

«entiende este Consell que procede la resolución del contrato y, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 88 y 198 de la Ley 30/2007 de Contratos de Sector Público, debe ser incautada la garantía definitiva constituida en la medida necesaria para que indemnice la contratista los daños y perjuicios que eventualmente haya causado al Ayuntamiento de Novelda, lo que, en su caso, deberá acreditarse en procedimiento contradictorio instruido al efecto».

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha⁵⁶ considera igualmente que sólo cabe la incautación de la fianza en aquellos casos en los que la Administración acredite que la resolución contractual le ha ocasionado daños. Se admite, en cualquier caso, pacto en contrario en los pliegos. Así, según el Dictamen 286/2011, de 30 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha:

«En la actualidad, la redacción del artículo 208.3 de la LCSP, novedosa con respecto a lo que sobre el destino de la fianza establecía su antecesor el artículo 113.4 del TRLCAP, en cuanto aquel no parece imponer la incautación automática de la garantía como efecto propio y necesario de la resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista, si no se han ocasionado daños y perjuicios a la Administración o estos no alcanzan a la totalidad de aquella, a diferencia de lo que establecía éste, ha dado lugar a un debate doctrinal

56. Dictamen nº 195/2012, de 5 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, entre otros.

todavía no resuelto, en forma definitiva, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los órganos consultivos.

Tal debate, sin embargo, no afecta al presente caso, ya que, en el contrato cuya resolución da lugar al presente dictamen, la incautación de la fianza se encuentra prevista expresamente en la cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato (...).».

Por su parte, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, entre otros en su Dictamen 297/2012, de 25 de octubre de 2012⁵⁷ ha concluido igualmente que «en el régimen legal que resulta del artículo 208 de la LCSP la pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración».

Por el contrario, otros órganos consultivos han razonado que el tenor del art. 225.3 TRLCSP no ha operado cambio alguno en la naturaleza de la garantía. Así, el Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía⁵⁸ mantiene su concepción tradicional sobre la función de la garantía definitiva. Para ello, parte de la naturaleza de la fianza, advirtiendo que:

«En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales "puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido". La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de "en lo que excedan del importe de la garantía incautada"».

Ahora bien, según el Dictamen que venimos reseñando, es plenamente compatible esta determinación a tanto alzado de los daños de difícil cuantificación con la exigencia de otros perjuicios⁵⁹.

57. Vid. Igualmente Dictamen 29/2012, de 2 de febrero.

58. En el mismo sentido, entre otros, *vid.* Dictamen nº 51/2010, de 27 de enero.

59. En los términos del Dictamen: «en lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, la

Esfuerzos similares realiza el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid entre otros en su Dictamen 481/12, de 26 de julio de 2012⁶⁰. Según este:

«De la redacción de este precepto en combinación con lo dispuesto en el artículo 90 LCSP, debemos concluir que se permite la incautación de la garantía con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que la causa de resolución sea imputable al contratista [...].

De ello se considera, siempre referido a la fecha que nos ocupa en cuanto la redacción de los preceptos aplicables de contratación pública, que la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista, que permite así resarcirse a la Adminis-

guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de Derecho Privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. Aquella va encaminada a la eficacia liberatoria, es decir a la desvinculación de la relación obligatoria en la que las partes se encontraban, liberación que opera *ex tunc*, y trae aparejada que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituidas in natura, deberán serlo a través de su valor pecuniario. Esta eficacia restitutoria no debe ser confundida nunca con la eficacia indemnizatoria, aún en el caso de que las circunstancias determinen que la pretensión restitutoria surja exclusivamente a favor de uno de los contratantes; de hecho sus regímenes jurídicos son distintos, especialmente en el campo de la prueba, pues aquí no hay que demostrar la existencia de un daño, sino que se ha realizado una prestación; y si se demuestra que se ha realizado sin correspondiente, el hecho de que no se restituya nada a la otra parte, no convierte su exigencia en una partida de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicada esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de ésta. Para efectuar esta reclamación debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho; y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así podría enriquecerse injustamente a costa del contratista».

60. En idéntico sentido, 175/2012 de 21 de marzo de 2012. En el dictamen 72/2012 de 9 de febrero de 2012, se cita expresamente la doctrina del Consejo de Estado, de la que dictamen se aparta sin mediar justificación, lo que se resalta en el voto particular suscrito por cuatro de los nueve consejeros. Se afirma expresamente en este que: «no puedo sumarme a las consideraciones y a la conclusión del dictamen respecto de la incautación de la garantía, por importe de 45.932 €. Los dos dictámenes (uno de ellos del Consejo de Estado, en el año 2010) que se citan en el nuestro del que discrepo apuntan claramente a la finalidad resarcitoria o indemnizatoria de la garantía, pero, de inmediato, el dictamen afirma, sin explicación de su apartamiento de los dictámenes aludidos, la naturaleza de cláusula penal de la incautación y viene a sostener su procedencia siempre que se dé causa de resolución».

tración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución total o parcial de un contrato».

En el mismo sentido, el Consejo Consultivo de Canarias, en sus Dictámenes 447/2012, de 8 de octubre y 232/2012, de 10 de mayo, afirma que «no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza por existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón». Idéntica es la opinión del Consejo Consultivo de Extremadura (*vid.* Dictámenes núm. 85/2011 de 17 de febrero, o 500/2012, de 26 de julio de 2012).

Finalmente una aproximación más pragmática se puede encontrar en el Dictamen 301/2012, de 14 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León. El dictamen reconoce que la incautación de la garantía no es, tras la entrada en vigor de la LCSP, automática. Ahora bien, se hace coincidir el *quantum* de los daños y perjuicios ocasionados por la extinción anticipada del contrato con el importe de la garantía prestada, que se configura así, en cierto modo, como una cuantificación *iuris tantum* de la lesión que al interés público produce la necesidad de proceder a una nueva convocatoria de licitación. Según el citado Dictamen:

«Aun cuando la LCSP no prevé la incautación automática de la garantía en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, el artículo 208 de dicha Ley establece que, en estos supuestos, el contratista debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados y que la indemnización "se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada"».

En el presente caso, el Ayuntamiento considera que el importe de la garantía definitiva prestada (11.000 euros) es suficiente para sufragar los perjuicios irrogados por la contratista ("pese a que la diferencia de cuantía entre el coste del concierto de [14.999,99 euros] y la fianza podría hacerlo factible, máxime [si] se hubiera considerado el coste social de anunciar un concierto luego frustrado"). Por ello, es procedente la incautación de la garantía».

En definitiva, como se puede advertir fácilmente, el dictamen se aparta de la línea fijada por el Consejo de Estado, que exige una cuantificación en cada expediente de los daños producidos. No obstante, aporta una solución pragmática a las dificultades de índole práctica que sin duda ofrece la interpretación de la nueva norma. Otra alternativa para superar éstas será regular en los pliegos de forma distinta al

TRLCSF los efectos del incumplimiento, tal y como exponemos a continuación.

2.3. Algunas propuestas de interpretación de lege data y otras de lege ferenda

En mi opinión, el claro tenor literal del art. 225.3 TRLCSF obliga a considerar que, en los contratos sometidos a su disciplina, la incautación de la garantía no es ya un efecto automático del incumplimiento culpable del contratista. En primer lugar, porque si este no hubiera sido el deseo del legislador, no se entiende bien el por qué de la modificación de la redacción respecto al artículo precedente (art. 113 LCAP) que venía siendo pacíficamente aplicado.

Por lo demás, considero que aunque se percibe cierta descoordinación interna en el TRLCSF, el resto de disposiciones no son concluyentes a la hora de establecer el efecto contrario. Así, el art. 225.4 TRLCSF puede fácilmente interpretarse en función de lo establecido en el apartado precedente, de forma que efectivamente la pérdida de la garantía será un efecto de la resolución culpable, pero destinada únicamente a cumplir la finalidad meramente indemnizatoria prevista en el art. 225.3 TRLCSF. Del mismo modo, del art. 100 c) TRLCSF no nos parece en absoluto decisivo. Porque se limita a establecer que la garantía responderá de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, precisamente *de acuerdo* con lo que en él o *en esta Ley* esté establecido. Y lo que el tenor de la Ley establece es que la función de la garantía es responder –hasta una cuantía limitada– de los daños y perjuicios que el incumplimiento culpable del contrato ocasione a la Administración.

Dicho lo anterior, no se oculta que la regulación establecida no deja de ser insatisfactoria. Desde una perspectiva meramente pragmática, porque, como señalaremos inmediatamente después, son innegables las dificultades prácticas para concretar en una cifra los daños que la falta de ejecución puede ocasionar a la Administración en su función de garante del interés público. Porque, probablemente, no sea extremadamente dificultoso determinar una serie de daños que se ocasionen directamente a la Administración como contraparte contractual (sobreprecio en un nuevo contrato, pérdida de mejoras, pérdida de subvenciones, etc.). Pero si de lo que se trata es valorar los daños ocasionados al interés público (como ejemplo prototípico se puede señalar el retraso en la puesta a disposición de unas infraestructuras) el resultado puede ser menos tangible. Y en este punto, cualquiera que haya sido el tenor de

la legislación aplicable, la necesidad de resarcir los primeros daños que hemos reseñado nunca se ha discutido. Aunque en la aplicación de la nueva norma, ante la dificultad de prueba, puede dejar sin compensación los «otros daños», acaso más importantes que los anteriores.

Pero además, los defectos de coordinación interna de la norma (especialmente el art. 271.4 TRLCSP) debieran ser solucionados por el legislador, a fin de perfilar una norma suficientemente coherente o bien, como consideramos nosotros, redefinir la función de la garantía definitiva en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista.

La disposición produce una quiebra en un principio fundamental de las relaciones económicas: la seguridad jurídica. Porque es innegable que la previsible certeza en las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento no permite sino facilitar el tráfico jurídico⁶¹. De esta forma, la garantía definitiva debería suponer una auténtica cláusula penal, que predeterminara los daños que la resolución culpable del contrato ocasionaría a la Administración pública. Sin perjuicio que esta cláusula, como tal, no opere en los supuestos de incumplimiento doloso del contratista (por ejemplo, una renuncia basada en un descenso –que no anulación– de los beneficios económicos que reportaría el contrato), en los que, a semejanza del Derecho civil, las cláusulas de limitación de la responsabilidad no operarían. Y sin perjuicio, por otro lado, de que el efecto incautatorio de la garantía pueda moderarse cuando exista una concurrencia de culpas o un hecho externo e imprevisible que impida la ejecución del contrato. Un estudio de la práctica jurisprudencial y de la doctrina de los órganos consultivos permite comprobar cómo el modelo de Derecho público, quizá sin usar conscientemente las categorías, se ha comportado en muchas ocasiones en el sentido que propugnamos.

En cualquier caso, las ideas propuestas probablemente no resuelvan los problemas de aplicación que genera el art. 225.3 TRLCSP. No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto⁶², el principio de autonomía de la voluntad (art. 25 TRLCSP) permite incluir en los pliegos una cláusula que prevea el incumplimiento culpable conllevará la incautación de la garantía. Así se prevé expresamente en el art. 100 c) TRLCSP e igualmente en el 112.1 RD 1098/2001, de 12 de abril⁶³. Y así lo aconsejé

61. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 15 ed., Civitas, 2011, p. 754).

62. CUERDA MAS, Jorge, «Renuncia contractual...», *op. cit.*, p. 11.

63. El precepto, al regular la resolución por causas establecidas en el contrato, dispone que «la resolución por causas establecidas expresamente en el contrato tendrá las consecuencias que en éste se establezca y, en su defecto, se regularán pro las normas de la Ley y de este Reglamento sobre los efectos de la resolución que sean aplicables por analogía».

el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Memoria del año 2009⁶⁴ y se ha admitido expresamente por otros órganos consultivos⁶⁵. Y resulta por lo demás coherente con la doctrina sobre la libertad de pactos que ha ido acuñando nuestra jurisprudencia⁶⁶.

2.3.1. *La moderación de la incautación en los supuestos de renuncia por causas económicas*

Como ya hemos señalado, la jurisprudencia reconoce con normalidad que la función sancionadora de la garantía sólo despliega efectos cuando el incumplimiento es culpable, hasta el punto que se ha consolidado la doctrina de la compensación de culpas a la hora de moderar los efectos que conlleva la incautación en los casos en los que en el incumplimiento del contrato confluyen culpas de las dos partes contratantes⁶⁷. Se trata ahora de determinar si un hecho externo –como son las actuales circunstancias económicas– puede eliminar la culpabilidad del contratista hasta el punto de minorar o incluso eliminar el efecto normal que de incautación de la fianza –al menos en el importe de los daños y perjuicios ocasionados– tiene en la resolución del contrato.

En todo caso y como venimos insistiendo, la incautación de la garantía como efecto propio de la resolución contractual es en nuestra opinión aplicable sólo a los supuestos en los que el contrato se adjudicó antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, o en aquellos casos en los que así lo dispongan los pliegos de condiciones.

Los escasos precedentes jurisprudenciales que existen hasta la fecha no han considerado que la adversa económica coyuntura económica a

64. Según los términos de la memoria (p. 82), para evitar dilaciones innecesarias y preservar la seguridad jurídica, «en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato podrían contenerse previsiones específicas sobre el particular, cuantificando a priori los daños para el interés público inherentes a los supuestos de resolución contractual por incumplimiento del contratista –o estableciendo reglas generales para su cálculo– que deberían ser indemnizados con cargo a la garantía constituida, y recogerse también las correlativa previsiones específicas sobre la incautación de esta».

65. Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* los ya citados DCE 646/2012 y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 286/2011.

66. Sobre la misma, *vid.* GALLEGO CORCÓLES, Isabel, «Comentario al art. 25», en F. CASTRO (dir.), *Contratación del Sector Público Local*, 2 ed., *La Ley*, 2009.

67. Sin ánimo de exhaustividad, SSTs de 14 de junio de 2002 (rec. 3008/1997 y 3898/1997) y STS de 25 de enero de 2005 (rec. 30/2001). En cualquier caso, ha de resaltarse que para que proceda la incautación de la garantía, no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstinativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (STS 16 de enero de 2001, rec. 7199/1996).

modere la culpabilidad del contratista que renuncia o incumple el contrato. En este sentido, la STSJ del Principado de Asturias, de 22 de noviembre de 2011 (rec. 198/2011) no accede a la devolución de la fianza incautada, «sin que haya probado que las dificultades económicas le surgieran por retrasos en el pago de otras administraciones públicas, y sin que la alegada mala situación o crisis económica que se padece con carácter general pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato». Por su parte, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de noviembre de 2008 (rec. 758/2004) considera que no se ha probado el origen de las dificultades económicas de la empresa⁶⁸. Finalmente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de noviembre 2009 (rec. 3102/2007) considera procedente la incautación del aval a una empresa que renuncia a la ejecución de unas obras que ya no le son rentables⁶⁹.

En la doctrina de los órganos consultivos, no obstante, pueden advertirse mayores matices. Desde esta perspectiva, se ha mantenido la necesidad de atemperar los efectos de la incautación de la garantía en la medida que la renuncia al contrato esté causada por la imposibilidad de contar con financiación externa (Dictamen 0646/2009, de 10 de sep-

68. En los términos de la sentencia, «si bien los balances que se acompañan a dichas alegaciones ofrecen los resultados de la actividad empresarial durante el período al que se refiere, ello no pone de manifiesto la realidad de las razones que condujeron a dicha situación según se describe en el referido escrito de alegaciones y, sobre todo, la incidencia que dichas circunstancias generaron en la situación anterior –previa y consolidada– de la empresa, cuando al tiempo de comprometerse a la realización del objeto del contrato ostentaba la capacidad y solvencia precisas para llevarlo a cabo. Es el alegato de fuerza mayor un elemento extintivo de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones y corresponde a la parte que la alega una plena y cumplida prueba de los datos materiales que sustentan dicha alegación, que en el presente supuesto se limitan a reflejar los mencionados datos de contabilidad empresarial que no exhiben la realidad del resto de las razones que fueron expuestas por la propia recurrente en justificación de la imposible atención de la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato firmado con la demandada».

69. Un supuesto similar es el que analiza el DCE 485/2009, de 21 de mayo de 2009, que concluye que, «en el caso objeto de consulta, en la medida en que fueron las dificultades de solvencia de la adjudicataria las que la condujeron a no prestar la garantía definitiva, la resolución del contrato se ha producido por su incumplimiento. Esto afecta a la garantía provisional, que responde del cumplimiento de la obligación que tiene la adjudicataria de prestar la garantía definitiva (artículo 91.1 de la Ley de Contratos del Sector Público), y que habrá de ser incautada por una conducta equivalente a la retirada injustificada de la proposición (artículo 91.4 de la Ley de Contratos del Sector Público: anteriormente, artículo 35.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), tal y como dispone el artículo 62.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

tiembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana⁷⁰ y Dictamen 137/2009, de 1 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha⁷¹). Del mismo modo, en la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña modera la responsabilidad del contratista debida a «circunstancias ajenas a la voluntad del contratista» (Dictámenes 228/2009, 227/2009 y 264/2009).

Pero quizás un supuesto que merece ser destacado, en tanto en cuanto la renuncia al contrato está estrechamente ligada a la pérdida del interés en la ejecución del contrato ante el cambio de ciclo económico es el resuelto por el Dictamen 960/2011 de 27 de julio de 2011, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, relativo al incumplimiento de un convenio urbanístico. El Consejo consultivo considera que la garantía ha de incautarse, pero sólo parcialmente. Así,

«Pese a que con carácter general resulta consecuencia de todo lo anterior la pérdida de la fianza definitiva, según la normativa aplicable al caso (la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2003, con sus ulteriores modificaciones), es lo cierto que también se contempla la posibilidad de moderar tal incautación, en atención a determinadas circunstancias, que este Consell ha venido aplicando en supuestos producidos por la influencia de la coyuntura económica general de estos últimos años, siempre que el incumplimiento sea debido en relevante medida, por la referida coyuntura.

Pues bien, atendidas tales circunstancias, este Consell estima adecuado indicar que la referida incautación de la fianza habrá de ser sólo en

-
70. Según el dictamen «en este caso debería tomarse en consideración una atemperación del efecto por no proceder a la formalización del contrato debido a circunstancias ajenas a la voluntad del propio adjudicatario, al no hallar financiación de entidades de crédito para la construcción de viviendas de promoción pública en la parcela municipal enajenada».
71. En el presente caso la resolución del contrato se fundamenta en el incumplimiento por el concesionario de la obligación esencial que supone presentar en tiempo y forma el Plan Económico-financiero rector de la concesión. En la instrucción del procedimiento resolutorio se ha confirmado que efectivamente tal incumplimiento se ha producido, si bien ha quedado constatado –y no ha sido cuestionado en modo alguno por la Administración– que el mismo ha venido provocado por la imposibilidad de la concesionaria de obtener financiación bancaria a consecuencia de la situación de crisis económica existente. Tal circunstancia no puede ser imputada a la entidad contratista quien además ha comunicado a la Administración contratante tal situación de imposibilidad de obtener fuente de financiación ajena para la concesión, lo que le llevaba a renunciar a la ejecución del contrato, manifestando posteriormente su voluntad de reanudar la misma cuando creía solventada tal situación. Por todo ello, en aplicación de la doctrina expuesta, el órgano consultivo concluye que la resolución contractual que procede dictar no habrá de llevar aparejada la incautación de la garantía constituida.

el 50% de la cuantía, de acuerdo con lo argumentado en el párrafo anterior. Y ello sin perjuicio de los demás derechos que puedan incumbir a la Administración, como será el de solicitar la indemnización de los daños que el incumplimiento del contrato haya podido causar, tras la actuación del procedimiento correspondiente a tal fin».

En mi opinión, la aplicación del principio de riesgo y ventura y su modulación por la doctrina del hecho imprevisible conlleva que esta sea la aproximación más correcta a la cuestión. Porque la doctrina del riesgo imprevisible no es un seguro destinado a cubrir posibles pérdidas, sino un mecanismo técnico que permite compartir riesgos⁷². Y una indiscriminada apelación a la actual coyuntura económica no debe producir el efecto de que los contratos administrativos dejen de ser vinculantes para el contratista. Por ello, será preciso examinar, caso a caso, si realmente por la fecha de licitación del contrato y otras circunstancias relevantes, puede concluirse de forma concluyente que el contratista se ha visto abocado al incumplimiento debido a un hecho externo e imprevisible. En todo caso, el resultado ha de abocar a una situación en la que ambas partes asuman los efectos desfavorables de la resolución contractual⁷³.

Desde esta perspectiva, incluso, la exoneración de la responsabilidad puede resultar total en supuestos en los que las dificultades económicas de la empresa han tenido como fundamento el retraso de la Administración en cumplir sus propias obligaciones contractuales. En este sentido, resulta de interés traer a colación el DCE 39/2011 de 24 de febrero. El contratista alega fundamentalmente sus dificultades de tesorería para proseguir la ejecución del contrato (cuyo plazo previsto era sólo 9 meses), pero el Consejo de Estado –sin expresa mención a la delicada situación económica de la empresa– advierte que la ejecución del contrato estuvo paralizada más de un año por falta de evaluación del impacto ambiental a los fines de declarar la improcedencia de la incautación de la garantía⁷⁴.

72. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 777 a 782.

73. De esta forma no niegan que en abstracto la crisis económica constitutiva sea un supuesto de reequilibrio económico del contrato, aunque no admiten la aplicación de la doctrina a los concretos supuestos examinados, el Dictamen 0132/2009, de 25 de febrero, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

74. Así, declara el Consejo de Estado que, «la incautación de la fianza, dada la función punitiva a que atiende en este caso, es una medida que debe modularse a la vista del comportamiento de las partes en el iter contractual. Aquí resulta acreditado que ese incumplimiento del contrato, habiéndose además excedido su plazo, es sobre todo imputable a una actuación administrativa, la demora excesiva en la emisión del informe medioambiental preciso para la ejecución del proyecto objeto del contrato.

2.3.2. *El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración. Caracterización del incumplimiento como culpable*

2.3.2.1. *Consideraciones generales*

En Derecho privado se prevé como regla que el incumplimiento conlleva el pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte perjudicada de los perjuicios derivados del incumplimiento (1101 y 1124 CC). De forma paralela, el art. 225.3 TRLCSP prevé que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados. La previsión de esta indemnización, como ya hemos señalado, ha sido una constante en las distintas regulaciones que se han sucedido en nuestro Derecho. Lo único que ha cambiado, a este respecto, es la vinculación entre esta indemnización y la garantía definitiva que se ha configurado tanto como garantía de una cláusula penal comulativa (art. 54 LCE), de una cláusula penal sui generis (114.3 LCAP), o como una mera garantía de importe limitado de los eventuales daños y perjuicios que eventualmente causa la resolución del contrato⁷⁵. Así lo dispone ahora, como venimos insistiendo, el art. 225.3 TRLCSP.

Ahora bien, como señalara la STS de 9 de diciembre de 1980, debe tenerse presente la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo el derecho a ser resarcido que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquéllos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no

Habida cuenta de ello y de la buena fe acreditada por la contrata, que ha intentado minorar los efectos desfavorables del incumplimiento contractual, y justificar su imposibilidad material de cumplirlo, no ha de procederse a dicha incautación». *Vid.* en el mismo sentido DDCE 40/2011 y 41/2011.

75. La doctrina científica suele restringir el concepto estricto de garantía y la tipología de «garantía» a las figuras que conceden al acreedor un plus añadido a las diversas instituciones de defensa del crédito reconocidas por la Ley. La garantía supone una mayor facilidad para lograr el cobro por el acreedor mediante un pacto con el deudor o con un tercero, y en eso se diferencia de las reglas legales que defienden el crédito con carácter general, que derivan de la Ley y son independientes de la voluntad de las partes. *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, «Contratos de garantía», en DE LA CUESTA RUTE (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Bosh, 2 ed. 2009, p. 1416. Por lo demás, el fiador puede obligarse «por menos, pero no a más que el deudor principal» (art. 1826 CC). Así, dispone el art. 1825 CC que «puede prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». Este precepto se ha interpretado en sentido amplio, de forma que cabe pactar fianzas incluso sobre obligaciones no nacidas (Valpuesta Gastaminza, Eduardo, «Contratos de garantía», p. 1422).

meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros. En este punto, ha de advertirse que no siempre es fácil cuantificar los daños que la extinción anticipada del contrato produce a la Administración. Pueden consultarse en este sentido los Dictámenes del Consejo de Estado 3509/1999, de 10 de febrero de 2000, 3828/2000, de 25 de enero de 2001, 370/2005, de 14 de abril de 2005 y 921/2006, de 22 de junio de 2006. Y en cualquier caso, el daño ha de ser efectivo, tal y como subraya la STSJ de Aragón de 4 de septiembre de 2003 (rec. 767/1998), confirmada por la STS de 12 de julio de 2006 (rec. 1203/2004), que considera contrario a Derecho un acto administrativo que, además de imponer la resolución del contrato, obligaba al contratista a constituir un aval adicional para responder ciertos daños previsibles⁷⁶.

Por otro lado, no existe una extensa experiencia aplicativa en la cuantificación de los daños que la renuncia al contrato ocasiona a la Administración. La automática incautación de la garantía que se establecía en la normativa anterior a la LCSP permitía subsumir el importe de estos gastos en el de la fianza prestada⁷⁷. De hecho, la doctrina ya ha resaltado las dificultades existentes para probar dichos daños y perjuicios, así como el carácter poco habitual de la incoación de los pertinentes expedientes contradictorios⁷⁸.

76. Según la sentencia de instancia: «no ha de negarse que la Administración resuelto el contrato puede efectuar una liquidación de los daños y perjuicios entre los que sin duda pudieran incluirse los gastos necesarios para poner en funcionamiento las instalaciones, que hayan sido anteriormente liquidadas y abonadas (art. 53 de la Ley). Lo que no cabe es exigir una garantía por la totalidad de las instalaciones para el supuesto de que estas no fuesen autorizadas. Si no se autorizan será un perjuicio evaluable y exigible, los gastos de reparación y puesta en funcionamiento, por el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios, pero más allá de la fianza definitiva no cabe esa garantía cautelar aquí acordada».

77. Así, por ejemplo, el DCE 6019/1997, de 15 de enero de 1998, tiene ocasión de afirmar que: «de acuerdo con los informes que obran en el expediente, los incumplimientos en los que se funda la resolución han causado a la Administración daños y perjuicios, dada la inexistencia de licitadores interesados en ofrecer (en las condiciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) el suministro de los selectores de marchas y los tambores reductores, y el mayor precio exigido por los restantes licitadores para el suministro de los generadores. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, la contratista sólo estará obligada a indemnizar dichos daños y perjuicios causados a la Administración "en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Dado que, según los informes que obran en el expediente, los daños y perjuicios causados a la Administración se limitan a 573.000 pesetas, cantidad inferior al importe de la garantía incautada, no procede declarar la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración».

78. GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto, «La resolución de los contratos...», *op. cit.*, p. 159.

De esta forma, incautada la garantía, en la práctica anterior a la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público era hasta cierto punto habitual que la Administración no apreciase la procedencia de la declaración de daños y perjuicios. En cuanto a las partidas relativas al daño emergente, la indemnización se tiende a calcular en relación con la diferencia entre el precio del nuevo contrato adjudicado y aquel resuelto. Así se establecía de hecho de forma expresa en el art. 97 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953⁷⁹, y así lo reconocía la jurisprudencia que se ocupó de aplicar el precepto (STS 22 de septiembre de 1997, rec. 201/1993). Entre las sentencias más recientes, la STSJ del Principado de Asturias de 15 de febrero de 2012 (rec. 86/2010), concluye que habiéndose contratado la prestación del servicio de acompañantes de transporte escolar en una cuantía, resulta procedente descontar de tal cantidad, el precio de adjudicación del contrato resuelto y la fianza incautada, lo que arroja la cifra exigida por la Administración por daños y perjuicios. *Vid.*, en un sentido similar, la STSJ de Galicia de 10 de mayo 2007 (rec. 5563/2003).

De esta forma, en el caso de que la Administración no tenga intención de adjudicar un nuevo contrato con los mismos objeto y finalidad, no se le ocasionaría daño alguno. En este sentido, el DCE 404/1994, de 16 de mayo de 1994 tiene ocasión de afirmar que;

«Este Consejo se suma a las propuestas anteriores en cuanto a la conveniencia del mutuo acuerdo resolutorio, dado que ante la inutilidad del fin contractual, que provocó la suspensión temporal, ceden las demás causas de resolución para primar ésta, que es, en última instancia, el interés de la propia Administración. No se va a celebrar un nuevo contrato con los mismos objeto y finalidad, lo cual hace superfluo –por imposible– el cálculo de la indemnización por incumplimiento, que es normalmente cifrable en la diferencia de costos entre el contrato resuelto y el nuevamente a celebrar. Al estar ausente uno de los términos de referencia, es lógicamente imposible cifrar el eventual perjuicio. Todo ello evidencia la oportunidad de la resolución por mutuo acuerdo propuesta».

Por otro lado, el contratista debe indemnizar a la Administración por la cuantía a la que asciendan los daños y perjuicios que ésta a su vez

79. Según el precepto, cuando la Corporación acuerde la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, se producirán los siguientes efectos:

- 1.º Pérdida de la garantía provisional o definitiva.
- 2.º Celebración de nuevo contrato, en las mismas condiciones, y si la segunda adjudicación resultare menos beneficiosa para la Entidad local, ésta se reintegrará de la pérdida a costa del primer adjudicatario.
- 3.º Si en la nueva licitación no se presentare proposición admisible y la obra o servicio se efectuara por administración o concierto directo, el primitivo adjudicatario responderá del mayor gasto que ocasionare.

puede verse obligada compensar como consecuencia de la necesidad de resolver los contratos conexos al incumplido⁸⁰. También, probablemente, del importe de las mejoras ofertadas en su día por el licitador que, tras la resolución del contrato y su posterior adjudicación a otro licitador dejara de disfrutar⁸¹.

Por otro lado, la STSJ de la Región de Murcia de 15 de febrero de 2008 (rec. 880/2003) considera indemnizable como lucro cesante el importe de una ayuda de la Unión Europea que se encontraba ya comprometida y de la que ya no se va a beneficiar la Administración como consecuencia de la resolución contractual⁸².

Finalmente, entre los daños indemnizables se pueden citar los relativos a la puesta en funcionamiento de las obras objeto del contrato que no fueron culminadas por el contratista, aunque fueron liquidadas y abonadas [STSJ de Aragón de 4 de septiembre de 2003 (rec. 767/1998)]⁸³.

2.3.2.2. *Crisis económica, resolución contractual y modulación de las partidas indemnizatorias*

Como ya hemos señalado, en los casos de renuncia al contrato por causas económicas es plausible que la cuantía de la incautación de la garantía se modere, en atención al hecho de que el incumplimiento obedece a un hecho ajeno al contrasta. La duda que surge ahora es si es posible igualmente moderar o incluso liberar al contratista de indemnizar a la Administración de los daños ocasionados cuando el incumplimiento obedezca a circunstancias económicas. La respuesta a la cuestión tiene gran importancia práctica, ya que en el diseño actual del art. 225.3 TRLCSP, salvo que los pliegos de condiciones dispongan otra cosa, la renuncia al contrato ya no llevará aparejada la incautación de la garantía definitiva.

En el ámbito de la contratación privada, dispone el art. 1105 del CC que «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

80. Piénsese así en la resolución de un contrato de dirección de obras, en los casos en los que se renuncie a la ejecución de la obra. Sobre las consecuencias indemnizatorias de esta resolución, *vid.* Dictamen 265/2009 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña.

81. En este sentido, CUERDA MAS, Jorge, «La renuncia contractual...», *op. cit.*, p. 16.

82. La sentencia ha sido confirmada por la STS de 17 de noviembre de 2011 (rec. 2830/2008).

83. Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2011 (rec. 494/2010) confirma la liquidación de daños y perjuicios efectuada en vía administrativa.

De esta forma, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no sólo no concede reducción de culpas, si no también contempla la concurrencia o compensación de culpas, que permite reducir el importe indemnizatorio en atención a las culpas concurrentes de incumplidor y víctima. Es este un criterio que ha empleado por el TS en la determinación de los daños contractuales, y no sólo en el ámbito extracontractual (SSTS 6 de noviembre de 2003, rec. 4490/1997 y STS de 11 de enero 2012, rec. 1308/2010)⁸⁴. Por otro lado, la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida fortuita produce los efectos de la resolución por incumplimiento. Pero como el incumplimiento es presupuesto del resarcimiento del daño, si la resolución es consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, no cabe exigir indemnización de daños y perjuicios⁸⁵.

En el ámbito de la contratación pública, por tanto, se trata de establecer si «la Ley» dispone la necesidad de indemnizar en todo caso a la Administración de los daños ocasionados por la resolución del contrato. En este sentido, se pueden citar distintas SSTS que han admitido la posibilidad de aplicar art. 1105 CC como exonerante de la responsabilidad del contratista⁸⁶. O la STS de 14 de junio de 2002 (rec. 3008/1997) que expresamente admite que la indemnización de daños y perjuicios requiere de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista. Ahora bien, a priori, la inviabilidad económica del contrato no constituye causa exonerante de la responsabilidad (STS de 2 de diciembre de 2003, rec 3348/1998)⁸⁷.

84. Por ejemplo, en este último supuesto la sentencia destaca que promotora se negó a pagar las facturas por el aumento de obra que se revelaba imprescindible para la ejecución de la construcción. Por tanto, no puede estimarse la pretensión relativa a que se declare injustificada la resolución unilateral del contrato por parte del contratista por la contratista ni la indemnización por el abandono de la obra.

85. Entre otros, CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 614 y ss.

86. Vid. por ejemplo, STS 2 de junio de 1999 (rec. 4966/1993) que considera, no obstante, que las lluvias caídas no constituyen una causa de exoneración contractual.

87. Y es que en el supuesto concreto la sentencia considera que los resultados de explotación no eran imprevisibles, sino que el contratista actuó con suma ligereza. Así, la «sentencia recoge con claridad y con fundamentos que esta Sala considera correctos, que la "inviabilidad económica" no es causa de fuerza mayor, así como que es corto el lapso de tiempo entre la celebración del concurso y el mes de marzo de 1993 en que la Sociedad concesionaria exteriorizó su imposibilidad de atenderse a las condiciones de la concesión, de lo que deduce que no es difícil advertir que, lejos de la imprevisibilidad, medió, más bien, un matiz de imprevisión, teñido de negligencia por parte de la entidad concesionaria, que, o no se preocupó de indagar las expectativas del mercado o, como es más probable, lo hizo con improcedente ligereza, que le llevó a colegiar unas perspectivas de éxito escasamente fiables para la actividad mercantil que se proponía desarrollar, de modo que la escasez en la demanda de plazas, lejos de resultar imprevisible, se manifiesta, en realidad, como un error de

Por su parte, el DCE 744/2004 de 29 de abril de 2004 distingue igualmente entre incumplimiento imputable e incumplimiento culpable del contratista, entendiendo que sólo es posible exigir la indemnización de los daños y perjuicios en el segundo de los supuestos⁸⁸. Y en mi opinión es esta la interpretación que literalmente se desprende de art. 225.3 TRLCSP.

En cualquier caso, hemos de advertir que esta exégesis del Derecho aplicable no es uniforme. Así, el Dictamen ya citado 960/2011 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, modera la cuantía de la incautación de la garantía en un supuesto de renuncia al contrato motivado por causas económicas, pero exige a cambio que el contratista indemnice a la Administración de los daños ocasionados, que no obstante, no se cuantifican en el informe.

Finalmente, en los casos de insolvencia no culpable del empresario de una interpretación sistemática del art. 225.3 y 225.4 TRLCSP se desprende que no podrá exigirse al contratista la indemnización de los daños y perjuicios, ya que esta ha de hacerse efectiva «en primer término», sobre la garantía constituida, y «sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiese sido calificado como culpable»⁸⁹. Y aunque

cálculo imputable a descuido o negligencia de la concesionaria, por lo que es pertinente la consecuencia de la pérdida de la fianza, a tenor de la normativa aplicable que citan las partes y la propia sentencia».

88. En el supuesto, en realidad, con ocasión de la prórroga del contrato, la Administración contratante modifica las condiciones económicas, de forma que la ejecución del contrato comportaría pérdidas al contratista. Concluye el Consejo de Estado que «esa circunstancia, sin embargo, permite estimar que el incumplimiento del contratista no es culpable, porque, según se aprecia, el coste del transporte particular del socorrista excede al presupuesto diario de la contrata, lo que supone una tal variación económica que priva de fundamento económico a la prestación del contratista. En efecto, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene una función modulada en la contratación pública, porque, con carácter general, no autoriza la resolución del contrato, sino solo el resarcimiento de daños y perjuicios en el supuesto del artículo 113.3 de la Ley; sin embargo, su eficacia sí permite ponderar la existencia o no de la culpa del contratista a los efectos del deber de indemnización contemplado en los casos de incumplimiento por el artículo 113.4 de la Ley».

89. Considera igualmente que en los casos de insolvencia la obligación de indemnizar sólo nace en caso de resolución del contrato por concurso del contratista, si el concurso es declarado culpable DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, 2011, p. 123.

Frente a ello, algo más ambiguo parece el DCE 1736/2010 de 23 de septiembre de 2010, según el cual «el que deba en cualquier caso devolverse la fianza o garantía, tal y como impone el Real Decreto-ley, no obsta para que la Administración pueda y deba liquidar las obras realizadas (en este caso no parece haberlas) o incluso resarcirse, hipotéticamente, de los daños y perjuicios derivados de causas ajenas a

se ha defendido que la declaración de concurso no constituye causa de resolución culpable del contratista, sino una situación natural en una economía de mercado⁹⁰, en mi opinión, la resolución consecuencia de la declaración de insolvencia es el resultado del incumplimiento de una obligación contractual: la de mantener esta concreta condición de aptitud hasta la extinción del contrato. Ahora bien, como tal incumplimiento imputable al contratista, sólo tendrá consecuencias indemnizatorias cuando dicho incumplimiento sea además culpable. Así se venía interpretando por doctrina y jurisprudencia antes de la reforma del art. 208.5 LCSP a través del RDley 6/2010, que expresamente privó de la posibilidad de incautar la garantía definitiva en los supuestos en los que la declaración del concurso no hubiera sido calificada como culpable⁹¹.

En todo caso, cabe plantearse si esta regla puede tener una amplia virtualidad práctica ya que puede ser hasta cierto punto habitual que antes de la declaración de concurso de acreedores se produzca un previo incumplimiento contractual que sea causa suficiente para la resolución del contrato. De esta forma, para que se aplique el precepto se ha mantenido que es preciso que la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia⁹². Y lo cierto es que dada la consolidada doctrina según la cual cuando se verifiquen dos causas de resolución con efectos económicos distintos habrá que estar a la primera producida en el tiempo⁹³, lo normal será que se

la propia opción de la Administración de resolver el contrato con base en el mero hecho de la declaración del concurso». Por tanto, parecen excluirse el resarcimiento de los daños directamente ocasionados por la resolución del contrato.

90. GARCÍA-TREVIJANO-GARNICA, Ernesto, «La resolución de los contratos ...», *op. cit.*, p. 166.
91. Sobre la interpretación de la anterior normativa, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «La insolvencia del contratista de las Administraciones Públicas», *RVAP*, n° 69, mayo-agosto 2004. Por su parte, entiende que a la vista de lo expuesto resulta razonable concluir que la modificación del art. 208.5 de la LCSP operada a través del RDley 6/2010 no constituye una novedad o un cambio de orientación de los criterios de aplicación de las causas de resolución de los contratos administrativos, sino únicamente la consolidación y positivización de un criterio ampliamente mantenido, DÍAZ FERNÁNDEZ, Javier, «La reciente modificación del régimen de resolución de los contratos administrativos en caso de concurso del contratista a través del RDley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo: ¿cambio normativo o consolidación de un criterio ampliamente mantenido?» *Contratación administrativa práctica*, n° 101, año 2010.
92. GIMENO FELIU, José María, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Thomson Reuters, 2011, p. 32,
93. Como ejemplo reciente sirva el DCE 485/2009, de 21 de mayo de 2009. Según este, «tampoco puede enervar la conclusión anterior la declaración de concurso por auto de 27 de octubre de 2008, como pretende la empresa adjudicataria, pues acaeció expirados los quince días posteriores a la notificación en los que, según el pliego de

reconozca la precedencia del incumplimiento culpable del contratista antes que la existencia de un concurso fortuito, ya que en el primer caso podrá hacerse efectiva sobre la fianza la indemnización sobre los daños y perjuicios ocasionados. No obstante, se ha llamado la atención sobre la necesidad de matizar la solución consistente en dar siempre prioridad a la primera causa de resolución en el tiempo, porque cuando la primera causa no es una causa obligatoria de resolución, sino potestativa, y la segunda es una resolución obligatoria, entonces habría de resolverse el contrato con fundamento en esa segunda, pues de otra manera, la causa potestativa de resolución se convertiría en obligatoria con menoscabo de la discrecionalidad que la ley quiso conferir a la Administración pública⁹⁴. Y es que en mi opinión, habrá que estar a las circunstancias del supuesto concreto, ya que si la Administración ha tolerado el incumplimiento, y sólo tras el inicio del procedimiento concursal se apresura a iniciar el procedimiento resolutorio en base al mero incumplimiento, puede dudarse si la actuación administrativa no constituye un indicio de desviación de poder.

2.3.3. *Algunas consideraciones sobre aspectos procedimentales. En especial, el momento en el que deben determinarse los daños y perjuicios ocasionados*

Las reglas sobre el procedimiento de resolución del contrato se contienen en el art. 221 TRLCSP y en el art. 109 RLCAP. Es destacable en este sentido que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista (art. 211 TRLCSP), así como al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía (art. 109 RLCAP). Por lo demás, en la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades Públicas estatales, deberá informar el Servicio Jurídico correspondiente [art. 211.2 TRLCSP]⁹⁵.

cláusulas administrativas particulares y según el artículo 41.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debía haberse prestado la garantía. En efecto, tal notificación se verificó el 25 de septiembre de 2008 (punto séptimo de antecedentes). Según reiterada doctrina de este Consejo de Estado, cuando concurren varias causas de resolución se ha de atender a la primera en el tiempo».

94. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Contratos del sector público...*, op. cit., p. 90.

95. Este informe no es necesario en los supuestos en los que el contrato se resuelva por la no reposición o ampliación de la garantía cuando sobre ellas se hayan hecho efectivas indemnizaciones o penalidades por el incumplimiento del plazo fijado para la ejecución del contrato, hipótesis ajena a la renuncia del contratista que es objeto de este trabajo.

En los expedientes de resolución contractual, siempre que se formule oposición por parte del contratista será precisa la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente [art. 211.3 b) TRLCSP]. Ello es así aunque la oposición no se refiera estrictamente a la resolución, sino a la liquidación efectuada. Desde esta perspectiva, se ha subrayado⁹⁶ que ante la ausencia de una regulación clara al respecto de la renuncia contractual es preciso trasladar el expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Así lo ha reconocido de forma relativamente reciente la STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2005 (rec. 311/2003), supuesto en el que el contratista no se oponía de suyo a la resolución, sino a la liquidación efectuada⁹⁷.

Ahora bien, hemos de advertir que esta interpretación no deja de ser algo contradictoria con las recientes SSTs de 9 de enero de 2012 (rec. 1523/2009) y de 26 de marzo de 2012 (rec. 57/2010) que consideran que si el contratista insta la resolución contractual en los supuestos de suspensión de la ejecución del contrato, en tanto en cuanto no se opone a la misma –de hecho, es el sujeto que la provoca–, no sería necesaria la intervención del órgano consultivo, aunque el contratista rechace la liquidación efectuada por la Administración. Bien es verdad que en el

96. CUERDA MAS, Jorge, «Renuncia contractual e...», *op. cit.*, pp. 6 y 7.

97. En los términos de la misma, «[...] el Ayuntamiento demandado postula que en dichas alegaciones la actora no formula una oposición formal a la resolución del contrato pero sí a la liquidación efectuada. Tampoco puede compartirse por la Sala este criterio, toda vez que si bien es verdad que la actora en su escrito no se opone a que se resuelva el contrato, también manifiesta disconformidad con la presunta liquidación que pretende el Ayuntamiento, revelando con ello que si la resolución no contiene la liquidación que reclama la demandante lógicamente no estaría de acuerdo con la resolución, por lo que pone de manifiesto una oposición a la resolución del contrato, sobre todo a la forma y contenido con el que quiere llevarse a efecto dicha resolución por parte del Ayuntamiento; de todo ello se infiere como no puede ser de otro modo una oposición de la actora a la resolución del contrato que quiere llevar a cabo el Ayuntamiento. De todos los modos como quiera que la liquidación del contrato es una parte importante del contenido de la resolución como así resulta de normativa de contratación administrativa aplicable, las diferencias que se ponen de manifiesto en cuanto al extremo de la liquidación, revelan, como no podía ser de otro modo, una oposición a la resolución que se quiere llevar a efecto; es decir que la demandante solo estaría de acuerdo con la resolución si esta se concluye en los términos económicos que ella demanda; y esto solo puede interpretarse como oposición a la resolución, lo que viene corroborado con el posterior recurso jurisdiccional interpuesto y que da lugar al presente recurso. Por otro lado, el art. 59 antes transcrito solo habla de exigencia del informe del Consejo de Estado o órgano equivalente en la Comunidad Autónoma cuando se formula oposición por parte del contratista, y no se especifica ni concreta el ámbito de dicha oposición [...]».

caso que se discute en estas dos últimas sentencias no se asemeja completamente al que ahora analizamos, pero el razonamiento en el que se basa –la aquiescencia en la resolución– podría ser extrapolable.

Como el propio Consejo de Estado ha afirmado, el supremo órgano consultivo cumple una importante función de garantía y tutela en el ámbito de la contratación administrativa en tanto que le corresponde, por una parte, velar para que las relaciones contractuales se establezcan y desarrollen de acuerdo con las previsiones legales y, en todo caso, dentro del respeto a los principios la contratación administrativa y, por otra parte, verificar que se respeten los derechos del contratista, que éste cumpla sus obligaciones y la Administración actúa con arreglo a las potestades que le atribuye la legislación aplicable⁹⁸. De esta forma, en la medida que las consecuencias indemnizatorias dependerá de la interpretación de conceptos jurídicos tan indeterminados como la culpa contractual, nos parece que la intervención del órgano consultivo es una necesidad insoslayable en su doble función de garante del interés público y de los derechos del contratista.

En cualquier caso, el problema práctico más importante en los supuestos de renuncia del contratista es determinar si el acuerdo de resolución ha de contener ya un pronunciamiento sobre la suficiencia o no de la garantía y su eventual devolución total o parcial, lo que necesariamente imponen la previa cuantificación de esos posibles daños. En este sentido, es preciso reiterar que en nuestra opinión el TRLCSP ha reconocido el derecho del contratista a la devolución de la garantía en aquella parte de su importe que no sea necesaria para la compensación de los daños y perjuicios, derecho que no obstante puede ser suprimido en los pliegos de condiciones del contrato⁹⁹.

Desde esta perspectiva, no existe tampoco un único criterio en el ámbito de los Consejos Consultivos. El Consejo de Estado considera pertinente la retención de la garantía hasta la completa liquidación del contrato. Así, según el DCE 1318/2011 de 15 de septiembre de 2011,

«Verificada la concurrencia de la causa prevista en el artículo 206.f) (incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los

98. DCE 4464/1998, de 22 de diciembre, entre otros.

99. Si los pliegos imponen la incautación de la garantía como efecto necesario de toda resolución contractual por culpa del contratista –o si el contrato no está sometido por razones temporales al LCSP o TRLCSP–, no existe problema alguno en seguir manteniendo que la acreditación y cuantificación de los daños ocasionados a la Administración por la ruptura del contrato se posponga a un momento ulterior (DCE 1937/2008, de 8 de enero de 2009).

VI. LA RENUNCIA AL CONTRATO POR PARTE DEL EMPRESARIO

pliegos y en el contrato) para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, se anudan a ello las consecuencias establecidas en el artículo 208 de la Ley 30/2007: indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados (que se deberán instruir en expediente separado con audiencia del contratista) y previa incautación de la garantía definitiva para atender a la liquidación de tales eventuales daños»¹⁰⁰.

En el mismo sentido, haciendo importantes esfuerzos argumentativos, el Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha afirma que:

«En el expediente remitido no se determina la existencia de dichos daños y perjuicios, limitándose el acuerdo de inicio a requerir a los servicios técnicos del Ayuntamiento para que emitan valoración al respecto, por lo que de estimar que sí pueden concurrir aquellos procedería que, para su determinación y cuantificación, el órgano de contratación se pronunciara motivadamente previa audiencia al contratista, tal como establece el artículo 113 del RGLCAP. En caso contrario, no podría quedar afectada la garantía constituida».

No obstante, en este punto no puede obviarse, la previsión contenida en el artículo 208.4 de la LCSP ... Tal exigencia parece de difícil cumplimiento en la práctica, no sólo porque en el montante de los daños y perjuicios deberán incluirse «todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato» –así lo ha venido afirmando el Consejo de Estado desde su dictamen 822/1993–, sino además por la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva asociada a su superación por aplicación de los artículos 42.3 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, –cuya aplicación prevé la normativa que se ha apuntado, ya se perfilan soluciones. Por ejemplo Tomás BAÑO RIQUELME, y Rafael MORALES ILLÁN, [...] manifiestan «la posibilidad de que el referido acuerdo resolutorio establezca asimismo la incoación del procedimiento para la determinación de los referidos daños y perjuicios y, como medida cautelar para evitar su eventual frustración, ex artículo 72.1 LPAC, acuerde retener la garantía, con soporte en la declarada culpabilidad del incumplimiento del contratista. Ello, además, tendría un apoyo adicional en el artículo 90.1 de la LCSP, en cuanto establece que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se declare la resolución del contrato “sin culpa del contratista”. Con tal proceder podrían conjugarse las exigencias del artículo 208.5 [...] de la Ley [...] con la necesidad de preservar la finalidad de la misma y poder contar con un plazo de tiempo suficiente para efectuar una ponde-

100. Por su parte, el DCE 1530/2011, de 29 de septiembre de 2011 dispone igualmente que:

«nada hay, pues, que objetar a la pérdida de garantía constituida, que ha de destinarse al resarcimiento de los daños y perjuicios que para la Administración deriven del incumplimiento del contrato. Este Consejo de Estado considera que, solo en el momento de la liquidación definitiva, y a la vista de las circunstancias del caso, y la valoración de las respectivas conductas de ambas partes del contrato, podrá determinarse el alcance de esos daños y perjuicios en el correspondiente expediente contradictorio».

rada cuantificación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, en el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 113 del reglamento del TRLCAP».

Frente a estos razonamientos, mantiene una posición distinta el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 297/2012, de 25 de octubre. Según este Dictamen, «el nuevo régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que, para incautar la garantía total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el art. 113 del RGLCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas».

Aunque es loable el afán garantista del Consejo Consultivo citado, lo cierto es que esta aproximación puede conducir a situaciones prácticas de difícil solución. Sirva como ejemplo el supuesto de hecho del Dictamen 29/2012 de 2 de febrero. La Administración alega como daños resarcibles los perjuicios ocasionados por la necesidad de proceder a una nueva licitación de las obras, el retraso en la disponibilidad de la obra y la futurible pérdida de una subvención. El Consejo consultivo informa la necesidad de retrotraer el expediente al momento procesal oportuno al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, para dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista y finalmente redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista. Dada la dificultad intrínseca de valorar estos daños, cuya concreta cuantificación ha de demorarse a un momento posterior –precisamente al de adjudicación del nuevo contrato, que requeriría como presupuesto la resolución del anterior¹⁰¹–, no parece que esta doctrina permita una ágil resolución del contrato público, que es en algunos casos, precisamente, lo que demanda el interés público.

Desde esta perspectiva, por tanto, el mantenimiento de la fianza como medida cautelar parece una solución mucho más satisfactoria, sin perjuicio del deber de indemnizar los daños que el mantenimiento cautelar del aval pudiera ocasionar al contratista, especialmente en los supuestos en los que se exceda el plazo previsto para dictar la resolución sobre la improcedencia o no de la incautación¹⁰².

101. En nuestra opinión, sería aplicable por analogía el art. 225.6 g) TRLCSP.

102. Podría aplicarse, *mutatis mutandis*, la doctrina contenida en las STS de 28 de enero de 2000 (rec. 3554/1995) y STS de 2 de marzo de 1998 (rec. 3/1997).

2.4. La improcedencia de la imposición de penalidades en los supuestos de resolución contractual

El art. 212 TRLCSP regula la posibilidad de imponer penalidades en los casos de ejecución defectuosa o demora. En relación con la demora, dispone el precepto que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades. Por otro lado, se prevé igualmente que el órgano de contratación pueda acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas, cuando atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

La lectura literal del precepto pone claramente de manifiesto que la resolución del contrato es incompatible con la imposición de penalidades, cuya finalidad es, precisamente, compeler al cumplimiento. Como afirma la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2008 (rec. 42/2005):

«Esos preceptos de LCAP (y en análogo sentido el art. 45 de la ley de contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, cuya aplicabilidad no cuestiona "ad casum" la actora) facultan para imponer penalidades o para resolver el contrato, no para ambas posibilidades simultáneamente.

Como ya ha declarado esta Sala, las penalidades que preve el art. 96 LCAP constituyen un mecanismo que tiene la finalidad de constreñir al contratista al debido cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo prefijado, asegurando así la terminación de la obra en el tiempo previsto. Se trata de una posibilidad alternativa a la resolución del contrato, puesto que la Administración puede optar entre una y otra, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, pero lo que no cabe es la imposición de penalidades por demora cuando ya ha terminado la ejecución de las obras, puesto que en tal caso queda desvirtuada la finalidad de la institución, que no es otra que la de compeler al contratista para que cumpla debidamente sus obligaciones contractuales, como se desprende del citado artículo 96 LCAP . Así la sentencia de 18 de junio de 2001 (al cabo de diez meses de extenderse el acta de recepción) y en la de 6 de junio de 2005 (había transcurrido totalmente el plazo de garantía). Idéntica "ratio" concurre en el caso de autos.

Ello no significa, como es lógico, que la Administración no pudiera resarcirse de los daños y perjuicios que le hubiere causado la demora, como así lo permite el art. 65.d) LPCat , pero no por esta vía anómala como parece haber pretendido».

El criterio es confirmado por la STS 14 de mayo de 2012 (rec. 3028/2008), según la cual, extinguida la concesión, revertidos los terrenos y obras e instalaciones ya no hay ocasión para ulteriores incumplimientos.

De esta forma, se revela que la regulación del art. 212 TRLCSP no

permite imponer una suerte de pena convencional en los casos de incumplimiento del contratista. Dicha pena, para que sea procedente, deberá contemplarse expresamente en el pliego de condiciones.

2.5. La inhabilitación del contratista incumplidor: la prohibición de contratar

El art. 60.2 a) TRLCAP establece como prohibición de contratar haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública. La finalidad de esta prohibición de contratar es obvia, pues persigue asegurar la correcta ejecución del contrato administrativo. Así, no merece la confianza necesaria para optar a un nuevo contrato un licitador que ha incumplido gravemente sus obligaciones contractuales –hasta el punto de propiciar la resolución del contrato administrativo– en una ocasión anterior. Además, pretende tener un carácter disuasorio en el sentido de poner de manifiesto que la resolución de un contrato puede tener consecuencias que no se limitan a una relación contractual concreta. En todo caso, la imposición de esta prohibición de contratar es exclusiva de la contratación de las Administraciones Públicas¹⁰³.

Aunque tanto la doctrina¹⁰⁴ como la JCCA¹⁰⁵ han considerado que la firmeza a que hace referencia el precepto ha de entenderse referida a la firmeza en vía jurisdiccional, no es ésta la interpretación que ha acogido el TS en la sentencia de 13 de diciembre de 2006 (rec. 9272/2003). En este sentido, según dicha sentencia, la firmeza a la que se refiere el art. 20.c) es la firmeza en vía administrativa [ahora art. 60.2 d) TRLCSP], de modo que el acto por el que se impone la prohibición de contratar

103. Así lo ha tenido que constatar el Informe 4/2012, de 15 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que concluye que dado que ARPROMA no ostenta la condición de Administración Pública, no le resultan de aplicación las circunstancias establecidas en el apartado 2 del artículo 60 del TRLCSP por lo que, para estos supuestos, ante la falta de previsión al respecto en sus instrucciones internas de contratación, en caso de que resultaran de aplicación al contrato objeto de consulta, habrá que estar a lo dispuesto en los pliegos de condiciones del contrato.

En todo caso, como ya advertimos en su momento, esta disociación del régimen de las prohibiciones de contratar en función del ente contratante no nos parece suficientemente justificada. *Vid.* nuestro comentario art. 49 en VV AA, *Contratación del Sector Pública Local*, 2º ed., La Ley, 2009.

104. *Vid.*, BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 1ª ed., Marcial Pons, 2007, p. 295.

105. *Vid.* entre otros, Acuerdo de la JCCA de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la letra d) del art. 20 LCAP.

produce los efectos que le son propios una vez que se cumplen los requisitos previstos en cuanto a su notificación y publicación, y esos efectos solo podrán cesar cuando recurrido el acto ante la Jurisdicción la Sala acuerde la suspensión del mismo si lo considera procedente.

La imposición de prohibición de contratar no procede, sin más, del mero incumplimiento imputable al contratista. Como ya estableciera la STS de 8 de junio de 1990 (RJ 1990, 5377), «la inhabilitación no es consecuencia insoslayable de la culpabilidad de quien contrata con la Administración en el incumplimiento del contrato», ya que «la inhabilitación del contratista, que se prevé en los artículos 4.º, número 5, y 67 del mencionado Reglamento, tiene a todas luces un carácter punitivo adicional, no necesariamente ligado al puro hecho del incumplimiento motivador de la resolución contractual, puesto que requiere, con arreglo al primero de los preceptos que acaban de citarse, una específica declaración de culpabilidad que habrá de adoptarse, por consiguiente, en función de una apreciación global de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso concreto».

De esta forma, la apreciación de esta prohibición de contratar requerirá previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto [SAN 14 de junio 2006 (rec. 730/2004)], sin que pueda imponerse en el mismo acuerdo de resolución (STSJ Madrid de 5 de mayo de 2006, rec. 12/2004). Como explica la STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de febrero de 2009 (rec. 215/2006):

«la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1983 vino a decir que "...la culpabilidad motivadora de la incapacitación para contratar es distinta a la mera culpa contractual determinante de la resolución, e implica que la Administración pruebe la constancia de los hechos determinativos de la inhabilitación, como medida no automáticamente aunada al acto resolutorio del contrato, sino consecuente a una intencionalidad fraudulenta y contraria a la buena fe rectora del cumplimiento contractual por parte del contratista", no ha de ser conveniente llegar a diferente conclusión, si se tiene en cuenta que el Ayuntamiento al establecer en el caso la prohibición para contratar no se atuvo en modo alguno a la mecánica procedimental así auspiciada; y tanto más cuando en el propio sentido, se pronuncia el art. 21.1 párrafo tercero de la norma reguladora de la contratación, de cuya lectura puede desprenderse la conclusión de que la prohibición de que se trata no es apreciable de manera automática por la Administración –al contrario que en los supuestos de las letras b), e), f), i), j) y k) del art. anterior–, sino que precisa la previa declaración mediante procedimiento cuya resolución fijará expresamente la Administración a que afecte y su duración».

En todo caso, la STSJ de Galicia de 10 de mayo 2007 (rec. 5563/

2003) admite que el procedimiento de inhabilitación pueda tramitarse de forma paralela a la resolución, siempre que no se produzca indefensión al contratista¹⁰⁶.

Como es sobradamente conocido, corresponde imponer la inhabilitación a la Administración contratante. Aclara la STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2004 (rec. 2221/1998) que el «concepto de "Administración contratante" no puede entenderse como "órgano de contratación", pues Administración contratante no hay más que la General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, la Administración Local y la Institucional (art. 2 Ley 30/1992). Pues bien, en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de dicha Administración, corresponde la declaración al Ministro de Economía y Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 12.3 del RD 390/1996). La atribución de competencia es clara, terminante y no admite interpretaciones ajenas al texto literal y menos basadas en el concepto de unicidad de la Administración General del Estado».

La prohibición afectará a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración, sin perjuicio de que el Ministro de Economía y Hacienda, previa comunicación de aquéllas y con audiencia del empresario afectado, considerando el daño causado a los intereses público, pueda extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público. Y su eficacia estará condicionada a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda (art. 61.4 TRLCSP).

En los casos de resolución culpable, se ha considerado que la imposición de la prohibición de contratar obedece al ejercicio de una potestad reglada. Así lo ha entendido el Dictamen 281/2011 de 1 de septiembre, del Consejo Consultivo de Galicia, según el cual los términos empleados por la ley abocan a una necesaria inhabilitación para el caso de que se produzca la circunstancia contemplada como presupuesto legal, sin que, entonces, la adopción de tal medida pueda ser apreciada de modo potestativo por la Administración. No obstante, como hemos resaltado, la jurisprudencia tiende a considerar que para que sea conforme a Derecho la imposición de la prohibición de contratar la resolución ha de ser con-

106. Es preciso recordar que el art. 61 TRLCSP establece que el procedimiento de inhabilitación ha de iniciarse en los tres años siguientes a la firmeza del acuerdo de resolución.

secuente a una intencionalidad fraudulenta y contraria a la buena fe rectora del cumplimiento contractual por parte del contratista. Baste como ejemplo la cita a la STSJ Madrid de 5 de mayo de 2006, rec. 12/2004¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, y desde un punto de vista doctrinal, se ha defendido que no cabe imponer la habilitación cuando factores externos a las partes contribuyen a la incorrecta ejecución del contrato, como son «la actuación de otro ente público o, incluso, sucesos imprevistos a la hora de la ejecución»¹⁰⁸. Bien es cierto que la existencia de dolo o manifiesta fe del empresario, junto a la entidad del daño causado al interés público, se erigen en nuestra legislación como requisito no para la imposición en sí de la prohibición de contratar, sino como determinante de su duración y alcance (art. 61.2 TRLCSP y art. 19.4 RLCAP), pero en cualquier caso, puede observarse una tendencia a exigir una auténtico dolo –con lo impreciso que puede ser este término– para que proceda la imposición de la prohibición de contratar.

En todo caso, no parece que en la práctica sea habitual la imposición de prohibiciones de contratar por incumplimiento del contrato ya sea por la efectividad disuasoria de la prohibición de contratar¹⁰⁹, ya sea por la exigencia en la práctica de dolo para que se considere procedente, ya sea por la poca disponibilidad de los órganos de contratación a tramitar el correspondiente procedimiento inhabilitador¹¹⁰.

107. Según la misma, «una misma resolución de un contrato por causa imputable al contratista puede determinar o no, según las circunstancias que concurran en el caso, que se declare la prohibición de dicho contratista para contratar con la Administración, porque el contratista puede incumplir aquello a lo que está obligado y por esa causa resolverse el contrato pero lo anterior no significa ni implica necesariamente, que dicho contratista haya actuado con dolo o manifiesta mala fe, sino que puede incurrir en simple negligencia, ni tampoco supone que los daños derivados del incumplimiento sean de una cierta entidad».

108. GOSÁLVEZ PEQUEÑO, Humberto, *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, pp. 331 y 332.

109. En general, pone en duda la efectividad de las prohibiciones de contratar MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, 7392/2010.

110. Así lo reflejan los datos que publica el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid en relación con empresas con la inscripción suspendida en el Registro de licitadores y /o en situación de prohibición de contratar. El documento contiene tanto los datos de las empresas cuya prohibición de contratar consta en el Registro estatal como en el autonómico. En un ámbito territorial lo suficientemente significativo, en la fecha en la que se cierran estas páginas no existen empresas incursas en prohibición de contratar en virtud del art. 60.2 d) TRLCSP. Los datos están actualizados a 16 de abril de 2013.

El listado está disponible en: <http://www.madrid.org/>.

IV. RECAPITULACIÓN

Resultaría ingenuo aspirar a que la rica casuística que puede esconderse tras la renuncia a un contrato por parte del empresario hallase una regulación lo suficientemente exhaustiva, que permitiese dar respuesta automática y cabal a cada uno de los supuestos que pudieran originarse. Pero debiera ser un objetivo realmente alcanzable que el cuerpo normativo aplicable fuere lo suficientemente claro y coherente. Y no lo es en absoluto. En el caso de la renuncia precontractual, porque se sigue regulando la renuncia tomando como elemento fundamental de referencia la adjudicación, cuando tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010 la renuncia previa a la formalización tiene tal carácter y así ha de disciplinarse, independientemente que puedan –incluso deban– reconocerse obligaciones contractuales interpartes a partir de ese momento, tal y como dispone el art. 1279 CC. Por otro lado, desde el punto de vista de la renuncia contractual no debiera requerir tantos esfuerzos argumentativos delimitar si la incautación de la fianza reviste o no carácter automático cuando la resolución del contrato obedece a una actitud culpable del contratista. La norma debería ser igualmente más clara a la hora de determinar si la exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración requiere algo más que una mera imputabilidad del incumplimiento. Por lo demás, existen lagunas importantes en la aplicación del procedimiento de resolución contractual.

Dicho todo lo anterior, en mi opinión en la práctica –con todas las matizaciones que en ésta siempre se pueden producir– los efectos de la renuncia dependen del título de imputación al que sea reconducible el incumplimiento del contratista. Y desde esta perspectiva, un sistema coherente debiera hacer más visible la distinción de distintos tipos de responsabilidad tanto en la fase precontractual como en la contractual. El efecto de la imposición de la declaración de la prohibición de contratar se reserva a los incumplimientos dolosos. No así la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, que descansa en la imputación de una mera culpa en el incumplimiento. Todo ello en los supuestos en los que, por ser aplicable la legislación vigente a partir de la Ley 30/2007 –o por no haberse modulado convencionalmente el régimen ahí establecido, de ser aplicable por motivos temporales– no proceda la incautación automática de la garantía. En la práctica, cuando procede la incautación automática de la garantía, parece ser habitual no requerir al contratista el resarcimiento de un daño mayor al cubierto por la garantía, salvo probablemente en supuestos de un dolo especial.

La existencia o no de culpa deberá valorarse en función de la actua-

ción de la propia Administración o incluso de la aparición de un hecho externo e imprevisible. Así, ha de tenerse en cuenta que resulta suficiente para imputar responsabilidad que el incumplimiento se reconduzca a la esfera de control del deudor o se trate de un riesgo implícitamente asumido¹¹¹. En cualquier caso, ejemplos recientes demuestran cómo será posible modular o incluso anular la responsabilidad en los casos en los que circunstancias económicas objetivadas –como la imposibilidad de obtener financiación externa – impiden la ejecución del contrato, especialmente en los supuestos que estas circunstancias, por las eventuales demoras en la tramitación o impagos, hayan sido agravadas por la actuación de la propia Administración contratante.

111. ASÚA GONZÁLEZ, Clara, «Comentario al art. 104», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, en p. 8090.

Capítulo VII

Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

*Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza*

I. EL SISTEMA DE RECURSOS Y RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Entre las fuentes del Derecho europeo de los contratos públicos, las más conocidas son las Directivas europeas que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas de 31 de marzo de 2004, relativas a los contratos de los sectores especiales y a los de obras, servicios y suministros, respectivamente)¹. No tan conocidas sin embargo, pero no por ello menos importantes, son las del Consejo n^{os} 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, que tienen por objeto, respectivamente, la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y de servicios, y de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. En realidad, las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE tienen por objeto garantizar la aplicación efectiva de las Directivas 2004/18/

1. Debemos advertir que dichas Directivas se encuentran actualmente en proceso de revisión. En el mes de diciembre de 2011 la Comisión Europea presentó tres propuestas de Directivas, dos de las cuales sustituirán a las vigentes 2004/17 y 2004/18, y una tercera que regulará la adjudicación de contratos de concesión.

CE y 2004/17/CE, por lo que bien puede afirmarse que constituyen la garantía de su eficacia.

Sin embargo, las prescripciones de las Directivas «de recursos» fueron desconocidas en el Ordenamiento español hasta hace bien poco. En este sentido, debe recordarse que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, aun cuando respondía a la necesidad de adecuación de nuestra legislación interna al Ordenamiento Jurídico comunitario, no incorporaba de manera consciente el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, justificando tal decisión –según indicaba la Exposición de Motivos– «porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera (Directiva 89/665/CE), además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido». Nada más lejos de la realidad. El sistema de recursos administrativos y judiciales ofrecía a los licitadores unos mecanismo formalmente correctos para poder defender sus intereses y sus derechos, pero esta garantía formal no era real². Y así lo puso de manifiesto el Tribunal de Justicia al condenar al Reino de España en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (As. C-444/06), precisamente por entender incumplidas las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE «al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración».

Quizás anticipándose a esa condena, la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) cambiaba su parecer con respecto a la necesidad de trasponer la Directiva 89/665/CEE, e introducía un novedoso *recurso administrativo especial en materia de contratación* (art. 37). En paralelo, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) regulaba un sistema de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (artículos 101 y siguientes). Sin embargo, con posterioridad a la aprobación de ambas normas (recordemos, el 30 de octubre de 2007), fue aprobada otra Directiva, la 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que introducía modificaciones

2. J. TORNOS MAS, «Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público», en *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar ARIÑO ORTIZ*, La Ley, 2011, p. 806.

sustanciales en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE. De la necesidad de incorporar al Ordenamiento español los contenidos de esa nueva norma europea trae causa la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. La Ley 34/2010 introdujo, aparte de unos nuevos supuestos de invalidez (modificación del art. 37), importantes modificaciones en la regulación del recurso especial (que se mantienen en la actual regulación de ese recurso especial contenida en los arts. 40 y siguientes del Real Decreto legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCS–), entre las que podemos destacar su carácter potestativo³ (la regulación inicial lo consideraba preclusivo), o la atribución de la competencia para su resolución a un órgano independiente y especializado (inicialmente el competente para resolver los recursos era el mismo órgano de contratación que dictaba los actos que eran objeto de los recursos).

De la normativa actualmente vigente resulta un sistema de tutela en materia de contratación pública integrado por un recurso administrativo especial en el ámbito de los contratos del sector público (arts. 40 y sigs. TRLCS) y una reclamación en el ámbito de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (art. 101 y sigs. Ley 31/2007), ambos de carácter precontractual, a los que se une la «cuestión de nulidad», mecanismo de reacción que, en uno y otro ámbito de los anteriormente señalados, puede utilizarse una vez que los contratos se han perfeccionado mediante su formalización (art. 39 TRLCS)⁴. El resultado, como puede observarse,

3. Ese carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone *de facto* la apertura de una doble vía de recurso (administrativo especial o jurisdiccional) para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Tal posibilidad no está exenta de dificultades prácticas, habida cuenta de las diferencias procesales existentes en función de optar por la vía administrativa o la judicial. De esas diferencias procesales, la que con mayor claridad se advierte es el plazo para la interposición de los recursos, 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra, para el caso del recurso especial en materia de contratación pública (art. 44.2 LCSP), o bien dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso (art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), para el caso de interponer el recurso contencioso-administrativo.
4. Para un mayor conocimiento del sistema pueden consultarse los trabajos de J. M.

es un complejo sistema de «justicia administrativa precontractual» sobre cuya simplificación y aclaración debería seriamente pensarse⁵, aprovechando verdaderamente el potencial del recurso administrativo especial. Corrigiendo algunos aspectos⁶, dicho mecanismo debería convertirse en el paradigma del sistema de garantía para alcanzar una «buena administración contractual».

II. LA COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS, RECLAMACIONES Y CUESTIONES DE NULIDAD

La competencia para la resolución de los recursos especiales en ma-

GIMENO FELIÚ «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en J. M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M. A. BERNAL BLAY (Coord.) *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 211-258, y del mismo autor *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Civitas, 2011, pp. 47-108; J. A. MORENO MOLINA *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010, p. 173-190; I. Gallego Córcoles, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto», en F. CASTRO ABELLA (ed.), *Contratación del sector público local*, La Ley, 2.ª ed., Madrid, 2010; S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, y de la misma autora «El recurso especial en materia de contratación pública», *Anuario de Derecho Municipal* n.º 5, 2011, pp. 127-162, todos ellos referidos al mecanismo del recurso especial. (sobre el sistema previo de recurso ver el trabajo de B. NOGUERA DE LA MUELA «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en J. M. GIMENO FELIÚ (ed.), *El Derecho de los contratos públicos*, Monografía n.º X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pp. 299-312).

Sobre la «cuestión de nulidad», *Vid.* el trabajo de I. GALLEGO CÓRCOLES «Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», en J. M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M. A. BERNAL BLAY (Coord.) *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-320.

5. En este sentido apuntan algunas propuestas que lanzan los órganos encargados de resolver esos recursos y reclamaciones: innecesaridad del anuncio previo de interposición del recurso, necesidad de aclaración de la posibilidad de presentación de documentación distinta al propio recurso en otros registros distintos al del órgano de contratación o al del órgano encargado de resolverlo, posibilidad de suspensión de oficio de la tramitación del expediente de contratación aún en los supuestos en que no ha sido solicitada en el recurso presentado, o contemplar de forma expresa causas de inadmisibilidad del recurso. *Vid.* en este sentido las Conclusiones del «I Encuentro de coordinación entre los distintos órganos encargados de la Resolución del Recurso Especial en materia contractual regulado en el TRLCSP», accesibles desde la web del Observatorio de Contratación Pública http://obcp.es/index.php/mod.opinion/mem_detalle/id.89/re/menu.3/chk.224fe97677cdcc0adb12d65b687a1a79, y publicada como Anexo en esta misma obra.
6. Ya en otro lugar hemos realizado concretas propuestas para «rentabilizar» el recurso administrativo especial. Por destacar alguna de ellas, la extensión del ámbito objetivo del recurso a los contratos que no alcanzan los umbrales económicos de relevancia

teria de contratación, las cuestiones de nulidad, y las reclamaciones en materia de contratación a las que se refieren los arts. 101 y siguientes de la Ley 31/2007 se atribuye a órganos especializados que actúan con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. En el ámbito de la Administración General del Estado, la competencia se atribuye al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁷. En el ámbito autonómico, las Comunidades Autónomas deben atribuir la competencia para resolver los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previas a órganos independientes «cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer». Así lo han hecho las Comunidades Autónomas de Madrid, Aragón, País Vasco, Andalucía, Cataluña, Castilla y León y Navarra. Alternativamente, las Comunidades Autónomas pueden atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En ese caso, Comunidad Autónoma y Administración General del Estado deben suscribir un convenio en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias⁸.

Por otra parte, la regulación autonómica de la competencia para resolver los recursos también determina también la competencia para resolver los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previas que se planteen en el ámbito de las Corporaciones Locales. Y aquí podemos señalar la existencia de dos modelos diferenciados. El primero (seguido

comunitaria, e igualmente al control de los conflictos que surgen durante la fase de ejecución (modificados, morosidad en los pagos, subcontratación, resolución de contratos) M. A. BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en J. M. GIMENO FELIÚ (Dir.) y M. A. BERNAL BLAY (Coord.) *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 203-208.

7. Sobre dicho órgano *Vid.* los trabajos de M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales*, Aranzadi, Pamplona, 2010 y «Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual», *Documentación Administrativa*, n° 288/2010, pp. 65-98; y también J. J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS: «El Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales», *Documentación Administrativa*, n° 288/2010, pp. 19-42 (este trabajo presenta el valor añadido de haber sido elaborado por el Presidente de dicho órgano).
8. La misma alternativa se reconoce a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla: designar sus propios órganos independientes, ajustándose a los requisitos establecidos para los órganos de las Comunidades Autónomas, o bien atribuir la competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales celebrando al efecto un convenio.

por las Comunidades Autónomas de Madrid, Aragón, Castilla y León, y Navarra), en el que la competencia del órgano autonómico creado para la resolución de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previas se proyecta igualmente sobre aquellos que se interpongan en relación con contratos de las respectivas Administraciones locales⁹. Es decir, el órgano autonómico ejerce una «vis atractiva» sobre los recursos que se interpongan en relación con los contratos de la Administración Local. El segundo modelo de regulación autonómica es el que permite a las Entidades Locales crear sus propios órganos independientes para resolver los recursos (modelo que siguen País Vasco, Andalucía y Cataluña¹⁰). Ahora bien, dentro de las Comunidades Autónomas que optan por este segundo modelo, pueden distinguirse a su vez las que señalan la competencia supletoria del órgano autonómico en caso de que las Entidades Locales no hayan creado sus órganos de recurso (País Vasco y Cataluña), de aquellas otras (Andalucía) que no prevén la competencia supletoria del órgano de recurso autonómico, sino que admiten la atribución de competencia para resolver los recursos a dicho órgano mediante la suscripción del oportuno convenio. En relación con este segundo supuesto, las entidades locales de Andalucía y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, según el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, pueden atribuir al Tribunal Administrativo de ámbito autonómico la competencia de resolución de dichos recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad, suscribiendo el oportuno convenio en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias.

Merece la pena detenerse un momento en este «peculiar» sistema de atribución competencial diseñado en la normativa andaluza, ya que aplicación puede conducir a situaciones «extrañas», por ejemplo, en el supuesto en el que las Entidades Locales, facultadas –recordemos– para crear sus órganos de recurso o conveniar con el órgano autonómico, no opten por ninguna de esas dos alternativas. El supuesto, aunque parezca inverosímil, no ha tardado en plantearse en la práctica. Así, en su Reso-

9. Este es el modelo que, por otra parte, opera con carácter supletorio: en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

10. En País Vasco y Cataluña se permite la creación de órganos de recurso propios en los municipios de más de cincuenta mil habitantes. La norma andaluza permite crear órganos de recurso en cualquier Ayuntamiento (sin límite de población mínima y en las Diputaciones Provinciales).

lución nº 73/2012, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía conocía de un recurso interpuesto contra un contrato del Ayuntamiento de Jaén, entidad que ni había creado su órgano de recurso ni había conveniado con el Tribunal autonómico, y que cuestionó la competencia del órgano autonómico para conocer del recurso¹¹. En aquel supuesto, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía concluyó que

«... desde la entrada en vigor del Decreto autonómico, las entidades locales de Andalucía deben optar por una de las vías que establece el artículo 10 del Decreto, a fin de que, en todo caso, sea un órgano especializado e independiente el que conozca y resuelva los recursos especiales que se interpongan en su ámbito, pero lo que, en modo alguno, puede admitirse es que siga resolviendo el propio órgano de contratación del Ente Local, pues ello supondría dejar sine die al albur de dichas Entidades la aplicación efectiva del artículo 10 de la norma autonómica, lo que generaría inseguridad jurídica y supondría no sólo el incumplimiento de la norma estatal y de la autonómica, sino también de la propia Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que exige la atribución del conocimiento y resolución del recurso especial a un órgano independiente y cuyo contenido fue ya incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto...».

No obstante lo anterior, en aquel caso el Tribunal andaluz concluyó la inadmisibilidad del recurso a la vista de la ausencia de una norma o convenio que le atribuyese la competencia para resolver ese recurso. Sin embargo, esa inadmisión no puede esconder, tal y como de manera acertada señalaba el propio Tribunal de la Junta de Andalucía, «un flagrante incumplimiento del Derecho autonómico, estatal y europeo de contratos públicos». Respecto del incumplimiento de éste último (concretamente, las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo –modificadas por la Directiva 2007/66–, relativas a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos), no está de más advertir de las posibles consecuencias que, para el propio Ayuntamiento de Jaén, podrían derivarse de tal incumplimiento. La Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible señala que «Las Administraciones Públicas y cualesquiera otras entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en

11. El Ayuntamiento llegó incluso a requerir al Tribunal de la Junta de Andalucía para que indicara «... motivadamente la norma jurídica por la que se irroga la competencia en el presente recurso al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía...»

la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten». Es decir, que una eventual sanción impuesta al Reino de España como consecuencia de la inactividad del Ayuntamiento de Jaén (al negarse a crear su órgano de recurso o conveniar con el Tribunal de la Junta de Andalucía) podría ser repercutida al mismo por el Estado español.

III. LOS CONVENIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS, CUESTIONES DE NULIDAD Y RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tal y como acabamos de señalar, la posibilidad de atribuir convencionalmente la competencia para la resolución de los recursos en materia de contratación, cuestiones de nulidad y reclamaciones previstas en la Ley 31/2007 se encuentra expresamente contemplada en varios supuestos. El primero, en el TRLCSP, para la atribución de la competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por las Comunidades Autónomas que no crean su propio órganos de recurso, y el segundo, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, para la atribución de tal competencia a dicho órgano autonómico por las Entidades Locales y Universidades Públicas de Andalucía.

Han hecho uso de la posibilidad prevista en el TRLCSP las Comunidades Autónomas de Extremadura, La Rioja, Castilla-La Mancha, Murcia, Cantabria, Islas Baleares y la Comunidad Valenciana, –además de las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta–.

Comunidad Autónoma	Publicación del Convenio ¹²
Extremadura	BOE de 9 de agosto de 2012
Ciudad Autónoma de Melilla	BOE de 9 de agosto de 2012
La Rioja	BOE de 18 de agosto de 2012
Castilla-La Mancha	BOE de 2 de noviembre de 2012
Murcia	BOE de 21 de noviembre de 2012

12. El acceso a los convenios está disponible desde www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Conveniossobreatribuci%C3%B3ndecompetenciasalTribunal.aspx.

VII. LOS CONVENIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA...

Comunidad Autónoma	Publicación del Convenio ¹²
Cantabria	BOE de 13 de diciembre de 2012
Islas Baleares	BOE de 19 de diciembre de 2012
Comunidad Valenciana	BOE de 17 de abril de 2013
Ciudad Autónoma de Ceuta	BOE de 17 de abril de 2013

Con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, hay conversaciones avanzadas que, muy probablemente, fructificarán en la firma de los respectivos convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo Central antes de mediados del año 2013¹³.

Atendiendo a esa competencia atribuida convencionalmente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resolvió en el año 2012 un total de 52 recursos, provenientes de:

Extremadura	36
La Rioja	2
Melilla	3
Castilla-La Mancha	5
Región de Murcia	4
Cantabria	1
Islas Baleares	1

En relación con lo mismos, el Tribunal Administrativo Central señala en su Memoria de actividades correspondiente al año 2012 que «... lo más destacable ha sido el significativo número de recursos presentados contra actos de los ayuntamientos (13 recursos, el 25% del total). En el caso de Extremadura casi el 40% de los recursos de esta CA, tienen su origen en la Consejería de Agricultura (14 recursos)».

Por su parte, acogiéndose a las posibilidades contempladas en el art. 10.3 y 11.2 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, han suscrito convenio para la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de

13. Así se indica en la Memoria de actividades del año 2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, accesible desde <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202012.pdf>.

Andalucía¹⁴ las Diputaciones de Almería, Cádiz, Córdoba, Málaga, Sevilla; los Ayuntamientos de Almería, Rute, Lucena, Baza, Cartaya, Canena, Iznatoraf, Porcuna, Castillo de Locubín, Frailes, La Iruela, Escañuela, Baños de la Encina, Rincón de la Victoria, Alhaurín de la Torre, Lebrija, Mairena del Alcor, La Puebla de Cazalla, La Rinconada, Bolullos de la Mitación, Tomares, y Tocina; y las Universidades de Almería, Córdoba, Granada, Jaén, Málaga, Pablo de Olavide de Sevilla y de Sevilla¹⁵.

La normativa autonómica recoge otros supuestos de atribución de competencia a los órganos autonómicos de recurso. Así, la Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón prevé los órganos competentes de las Cortes de Aragón, del Justicia de Aragón y de la Cámara de Cuentas establecerán, podrán, en su caso, atribuir al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la resolución de dichas cuestiones mediante la celebración del correspondiente convenio con el Gobierno de Aragón¹⁶. En el mismo sentido, la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, prevé que la Asamblea de Madrid, la Cámara de Cuentas y demás instituciones y órganos vinculados o dependientes de la Asamblea, puedan atribuir al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante la celebración del correspondiente convenio con la Consejería competente en materia de coordinación de la contratación pública, la competencia para resolver los recursos que se planteen en relación con contratos de dichas entidades. Igualmente, en Castilla y León, la Ley 1/2012, de 18 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras indica que las Cortes de Castilla y León, el Procurador del Común y el Consejo de Cuentas podrán acudir al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, previa celebración del correspondiente convenio con el propio Tribunal, para encomendarle la tramitación y resolución de los

14. El modelo de Convenio a suscribir se encuentra accesible desde la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, a través del enlace http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/tribunal_adm/CONVENIO_ENTIDADES_LOCALES_GRATUITO_MODELO_DEFINITIVO_2.pdf.
15. Datos obtenidos de la memoria de actividades 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, accesible desde http://obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_MEMORIA_TARCJA_2012_ff891700%232E%23pdf/chk.d197c7919bca8d01c3fa4f064eb9d5a1.
16. Dicha opción, sin embargo, fue recientemente rechazada, al crearse el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón por Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 13 de febrero de 2013.

recursos. El Consejo de Cuentas de Castilla y León decidió acogerse a la opción establecida en esa Ley 1/2012, y con fecha 2 de mayo de 2012 (BOCyL de 4 de mayo) suscribió un Convenio con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, que tiene por objeto la atribución de la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 40.1, 43 y 37, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS SOBRE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE RECURSOS, CUESTIONES DE NULIDAD Y RECLAMACIONES PREVISTAS EN LA LEY 31/2007

Esta previsión que contempla tanto la normativa estatal como autonómica de renunciar a la creación de un órgano de recurso propio y atribuir la competencia para resolver los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones a un órgano de otra Administración suscribiendo a tal efecto un convenio interadministrativo merece, en nuestra opinión, alguna reflexión, en relación con la naturaleza jurídica de dicha operación, habida cuenta de cuál es su objeto.

En un primer momento pudiera pensarse que estamos ante alguna de las técnicas recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en concreto, ante una delegación de competencias o una encomienda de gestión. Sin embargo, a la vista de lo que dispone el art. 41 TRLCSP y del objeto de los Convenios ya celebrados, podemos concluir que no estamos ante ninguna de las técnicas referidas. Es objeto de esos Convenios la «atribución de competencia» a un determinado órgano administrativo, objeto que excede la simple «alteración del ejercicio» de dicha competencia (que sería un supuesto de delegación regulado por el art. 13 de la Ley 30/1992), y mucho más la «realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios» (supuesto de encomienda de gestión recogido en el art. 15 de la Ley 30/1992).

El supuesto que contempla el art. 41 TRLCSP parece encajar mejor en la técnica –no muy frecuente– de la delegación intersubjetiva, de significado y alcance diverso a la delegación de competencias regulada en el art. 13 de la Ley 30/1992. El supuesto de delegación de competen-

cias que regula el art. 13 de la Ley 30/1992, aparte de referirse a la alteración únicamente del ejercicio y no de la titularidad de la competencia, no se proyecta sobre sujetos «materialmente» diferentes. Tal y como señala el precepto, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros *órganos de la misma Administración*, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público *vinculadas o dependientes* de aquéllas. Por tanto, en virtud de esta técnica de delegación intersubjetiva, las entidades que tienen reconocida la competencia para designar al órgano encargado de resolver los recursos la ejercen precisamente delegando en otra Administración la realización de dicha función, utilizando para formalizar esa transferencia el instrumento convencional.

La conclusión que sostenemos, sin embargo, no se deduce tan claramente ni del art. 41 TRLCSP ni de los Convenios de atribución de competencias para resolver los recursos suscritos hasta el momento. De hecho, en los Convenios suscritos entre las diferentes Comunidades Autónomas y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, la cláusula primera, referida a la «Naturaleza» del Convenio, señala que

«El presente Convenio de colaboración se celebra al amparo de lo dispuesto en los artículos 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y 101.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, rigiéndose, además, por las disposiciones de los artículos 6 y 8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el presente Convenio tiene naturaleza administrativa, sujetándose en cuanto a su regulación al ordenamiento jurídico-administrativo. Las cuestiones litigiosas que puedan surgir en su interpretación y cumplimiento serán de conocimiento y competencia del Orden Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo.

El presente Convenio de colaboración no estará sujeto a las disposiciones del texto refundido, a tenor de lo establecido en el artículo 4.1 c) del mismo. Sin embargo, las dudas y lagunas que en su ejecución o interpretación puedan suscitarse se resolverán, por el órgano competente, aplicando los principios contenidos en la citada Ley».

Esa cláusula se limita a deducir la naturaleza administrativa del Convenio del principio de colaboración interadministrativa. Así cabe entenderlo, a nuestro juicio, tanto de las razones que los intervinientes

aducen en la parte introductoria de los Convenios, donde se afirma que «... en el marco de colaboración mutua que debe presidir las relaciones entre las Administraciones Públicas y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los representantes de ambas partes consideran que resulta muy beneficioso para el cumplimiento de sus respectivos fines el establecer un marco de colaboración en el ámbito de las citadas materias de contratación pública», como del particular instrumento que se utiliza para formalizar esa atribución de competencias, el convenio de colaboración regulado en los arts. 6 y 8 de la Ley 30/1992. Pero de esa lógica atribución de naturaleza administrativa a los Convenios no se deduce la concreta técnica de alteración de la competencia que instrumentan los mismos, y que habida cuenta de su objeto, no puede ser otra que, como antes señalábamos, una delegación intersubjetiva.

Los Convenios suscritos entre las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas incluyen asimismo una referencia al art. 33 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, cuya corrección desde el punto de vista técnico puede resultar dudosa. Según dicho precepto,

«Artículo 33. Cooperación con otras Administraciones Públicas.

1. En el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera y de la Comisión Nacional de Administración Local, el Ministerio de Economía y Hacienda informará a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales, respectivamente, de las medidas adoptadas en cumplimiento de lo previsto en este Capítulo en el ejercicio inmediatamente anterior.

2. Igualmente, el Gobierno impulsará la adopción de acuerdos de los citados órganos de cooperación y las actuaciones de las correspondientes administraciones con el fin de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto público en sus respectivas áreas de competencia, en especial en el marco de los planes económico financieros de reequilibrio previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria».

Las citadas prescripciones se enmarcan dentro de la genérica obligación de las Administraciones públicas –establecida en el artículo precedente al señalado– de desarrollar políticas presupuestarias sostenibles a través de la adopción de medidas de racionalización y contención del gasto, y específicamente «en el marco de los planes económico financieros de reequilibrio previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria»¹⁷. Consultados los Planes económico-financieros presentados por

17. A. CORCUERA TORRES señala precisamente ese limitado ámbito de las medidas contempladas en el art. 33 de la Ley de Economía Sostenible en «Gasto público y sostenibilidad», en S. Bello Paredes (Dir.) *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, p. 108.

las Comunidades Autónomas que han suscrito el Convenio con el Ministerio de Hacienda, puede comprobarse que en ninguno de ellos se incluye como medida de reequilibrio la atribución al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de la competencia para conocer los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones en materia de contratación¹⁸. Por eso podemos sostener que la referencia que en los Convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se incluye al artículo 33 de la Ley de Economía Sostenible resulta técnicamente incorrecta, ya que tal medida no guarda relación con los planes económico financieros de reequilibrio previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria, según se desprende del contenido de esos planes.

Existen otros argumentos además que permiten dudar del supuesto efecto de racionalización y contención del gasto que produce la atribución de la competencia autonómica al Tribunal Administrativo Central. Habrá otros motivos que puedan alegarse para sostener la oportunidad de esa delegación intersubjetiva, pero el económico no parece uno de ellos, al menos mientras ningún estudio económico avale, en su caso, el ahorro que produce a las Comunidades Autónomas la atribución al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractual de la competencia para conocer de los recursos en materia de contratación. Resulta, por otra parte, que la contribución autonómica no cubre el total de gastos que supone el ejercicio de la citada competencia (con lo que el supuesto ahorro que supone tal medida para las Comunidades Autónomas habría que «enjuagarlo» con el del coste adicional que supone el ejercicio de la competencia para la Administración General del Estado a través del Tribunal Administrativo Central), y resulta, por último, que algunos órganos de recurso autonómico tienen un coste por recurso inferior a la contribución económica que abonan las Comunidades Autónomas por la tramitación de los recursos y cuya cuantía viene fijada en esos Convenios.

V. ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Por lo que se refiere al contenido «sustantivo» de los Convenios de

18. Los Planes económico-financieros de reequilibrio 2012-2014 de las Comunidades Autónomas de régimen común se encuentran accesibles desde la web <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20autonomica/Paginas/PEFC-CAA.aspx> (fecha de consulta 9 de abril de 2013).

«atribución de competencias» al Tribunal Administrativo Central, existen algunas disposiciones que merece la pena comentar.

1. ALCANCE SUBJETIVO

Un primer elemento de análisis de estos Convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es su «ámbito subjetivo» de aplicación. Según la cláusula tercera de los Convenios suscritos entre las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Hacienda, la competencia para la resolución de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se proyecta sobre los actos adoptados por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras vinculados a la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, y también a las Entidades (y entidades vinculadas a las mismas) que integran la Administración Local con sede en dicha Comunidad Autónoma. Quedan por tanto, bajo la «jurisdicción» del TACRC, los recursos y reclamaciones –y resto de actuaciones procesales vinculadas, como las solicitudes de medidas cautelares– interpuestos en relación con contratos de Municipios y Provincias, así como del resto de Entidades que integren la Administración Local en la respectiva Comunidad Autónoma¹⁹.

Las entidades contratantes sobre las que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resulta competente para resolver los recursos y reclamaciones en materia de contratación pública deberán hacer constar en las notificaciones de los actos que sean susceptibles de recurso o reclamación la competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para el conocimiento y resolución de los mismos.

2. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LOS CONVENIOS

El objeto principal de estos Convenios, es la tantas veces repetida «atribución por parte de las Comunidades Autónomas al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedi-

19. En algunas Comunidades Autónomas, como Cantabria, la legislación de régimen local contempla la existencia de entes locales intermedios, como las Comarcas, cuyos contratos también entrarían en la órbita jurisdiccional del Tribunal Administrativo Central en virtud del Convenio.

miento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 40.1, 43 y 37, del texto refundido y 101, 103 y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales».

No obstante, es preciso destacar que la competencia que se atribuye al Tribunal Administrativo Central comprende, además de la resolución de los recursos, también la facultad de «velar por la ejecución de las resoluciones adoptadas por él» en los términos establecidos en los artículos 49.2 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público y 108.2 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En consecuencia, las entidades contratantes deberán comunicar al Tribunal Administrativo Central las actuaciones que lleven a cabo en cumplimiento de los Acuerdos del mismo.

3. ASPECTOS PROCEDIMENTALES PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA ATRIBUIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

Los Convenios regulan asimismo el procedimiento que debe seguirse para trasladar al Tribunal Administrativo Central órgano la documentación necesaria para que este pueda resolver el recurso. Así, la remisión de los informes y de los expedientes administrativos deberá hacerse dentro de los plazos previstos en el TRLCSP por el titular del órgano de contratación afectado, de su Secretaría o de su unidad de contratación, incluyendo, en el caso de los expedientes administrativos, toda la documentación integrante de los mismos, salvo que expresamente se indicara otra cosa por el Tribunal al reclamarlo.

Las comunicaciones con el TACRC se realizarán por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A tal fin, «las que deban remitirse al Tribunal, se depositarán en formato «pdf» en la dirección URL del Tribunal que se determine, previo envío a la dirección de correo electrónico «*tribunal_recursos.contratos@minhap.es*» del correspondiente aviso, en el cual se harán constar además los datos de la persona de contacto designada por el órgano de contratación al objeto de resolver las cuestiones que pueda plantear el citado envío, sin perjuicio de los medios de comunicación que con carácter adicional puedan establecerse a través de la Plataforma de Contratación de Estado».

Especial interés presenta la previsión de que en el expediente de contratación que haya de remitirse al TACRC se incluyan documentos redactados en lengua cooficial. En tal supuesto, y siguiendo la regla

establecida en el art. 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Comunidad Autónoma debe acompañar al original la traducción de dichos documentos, asumiendo ella –la Comunidad Autónoma– los costes de traducción de los mismos.

4. COMPETENCIA TEMPORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

La competencia «temporal» del TACRC se proyecta a partir del momento de publicación del Convenio en el BOE, momento en el que el mismo entra en vigor. La competencia para resolver los recursos, reclamaciones, medidas provisionales o cuestiones de nulidad que se hubieran interpuesto o solicitado en un momento anterior al señalado deben ser resueltas por el órgano que tuviera atribuida la competencia en virtud de la Disposición transitoria séptima TRLCSP²⁰.

La duración prevista para los Convenios es de tres años, prorrogables por igual plazo de manera tácita. Además, se incorpora una cláusula conforme a la cual las partes se comprometen a no denunciar el Convenio durante el primer año de vigencia, transcurrido el cual podrán las partes denunciarlo en cualquier momento con objeto de anticipar su extinción. No obstante, la denuncia anticipada no producirá efectos inmediatos sino «diferidos», a partir del transcurso de tres meses a contar desde el día siguiente al de la publicación de la denuncia del Convenio en el Boletín Oficial del Estado.

5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONVENIOS

Junto a la denuncia anticipada y el impago de las «cuotas» establecidas en el propio Convenio, la creación, por parte de las Comunidades Autónomas, de órganos a los que se atribuya la competencia para resolver los recursos, se configura como causa de extinción del Convenio. En este último caso, el Convenio dejará de estar vigente a partir de la misma fecha en que el órgano creado comience a ejercer sus funciones.

20. Recuérdesse que dicha disposición atribuye la competencia para resolver los recursos y cuestiones de nulidad, en tanto una Comunidad Autónoma no regule dicha cuestión, «a los órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad», esto es, conforme a lo dispuesto en el art. 37 LCSP, en su redacción anterior a su modificación por la Ley 34/2010. Dicho precepto, en su apartado 4, atribuía la competencia para resolver los recursos «al órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública».

El problema de la transitoriedad (asuntos de que estuviera conociendo el Tribunal Administrativo Central en el momento de producirse el cambio de competencia) se resuelve, en principio, en favor de dicho órgano, «sin perjuicio de que la responsabilidad de velar por la ejecución de las resoluciones dictadas se asuma por el nuevo órgano creado». No obstante lo anterior, la disposición que cree el nuevo órgano autonómico puede establecer otra cosa.

6. LAS CONDICIONES EN QUE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SUFRAN LOS GASTOS DERIVADOS DE LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS AL TACRC

Especial interés presenta el régimen de co-financiación de los gastos derivados de la tramitación de recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad interpuestos contra entidades de las Comunidades Autónomas (y Entidades Locales) convenientes. La cláusula de los Convenios que aparece dedicada a la cuestión de los «Gastos derivados de la asunción de competencias por el Tribunal», señala que:

1. *«En compensación por la asunción por el Tribunal de la competencia para resolver los recursos y cuestiones de nulidad interpuestos al amparo de lo establecido en la cláusula primera, la Comunidad Autónoma satisfará al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, una cantidad fija anual de 10.000 euros, que abarcará la resolución de un número mínimo de 20 recursos.*

2. *En aquellas anualidades en que se supere el número mínimo de recursos resueltos antes indicado, deberá satisfacerse una cantidad adicional de 350 euros por recurso resuelto....».*

Las cuantías anteriormente señaladas son las que se repiten en todos los Convenios, con dos excepciones. En los Convenios con Castilla La Mancha y Comunidad Valenciana, la cantidad fija anual asciende a 20.000 euros y comprende la resolución de hasta 40 recursos. En el caso de los Convenios con las Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta, la cantidad fija anual es 1.500 euros por la resolución de hasta 3 recursos. En ambos casos, como en la cláusula general, se contempla la satisfacción de una cantidad adicional de 350 euros por recurso resuelto, a partir del máximo indicado.

Llama la atención el diferente tratamiento que reciben los recursos provenientes de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha y Comunidad Valenciana, que respecto al resto de Comunidades Autónomas pueden llegar a resultar un 42,8 % más caros para esas Comunidades Autónomas. Cualquier otra Comunidad Autónoma de las que han suscrito Convenio para atribuir al Tribunal Administrativo Central la com-

petencia para la resolución de los recursos paga por los 40 recursos (máximo) que prevén los Convenios de Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana un total de 17.000 € (10.000 € por los 20 primeros recursos, más 350 € por los veinte recursos siguientes). Por esos mismos 40 recursos, Castilla La Mancha y Valencia han previsto en cambio el abono al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 20.000 €. Esto supone que los recursos 21 a 40 de Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana (a 500€ cada uno) son un 42,8 % más caros que los mismos recursos que resuelve el Tribunal Central procedentes de cualquier otra Comunidad Autónoma, que se liquidan a 350€ cada uno (si tomamos como base los 40 recursos en su conjunto, la diferencia sería «solo» del 17,6%).

Aparte de la singularidad anterior, todavía hay algunas otras características que merecen ser destacadas en relación con la cláusula que disciplina la compensación que recibirá el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la atribución al Tribunal Administrativo Central de competencias en relación con los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones interpuestas en relación con actuaciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

En primer lugar, no hay en los Convenios referencia alguna a qué tipo de costes, de los asumidos por el Tribunal Administrativo Central, son los que se vienen a compensar con el pago de 500 euros por cada recurso, reducidos a 350 a partir del vigésimo recurso, como si existiese alguna «economía de escala» a partir de dicha cantidad de recursos. No se especifica la relación existente «en abstracto» entre dichas cantidades y los costes efectivamente soportados por el Tribunal Administrativo Central para la resolución de los recursos. De hecho, es muy posible que, en determinados casos, los costes que asuma el Tribunal Administrativo Central para la resolución de algunos recursos sean superiores a dicha cantidad, de manera que la aportación de la Comunidad Autónoma sea insuficiente.

En segundo lugar, las «tarifas» establecidas se aplican con independencia del tipo de recurso de que se trate: sea un recurso especial en materia de contratación, una cuestión de nulidad o una reclamación de las de la Ley 31/2007. El incumplimiento del pago de estas cuantías se configura específicamente como causa de resolución del Convenio.

Por otra parte, la «tarifa» se liquida con la respectiva Comunidad Autónoma, al margen de que los recursos hayan sido interpuestos en el marco de sus propios procedimientos de contratación o los de sus

organismos o entidades dependientes, o de que los recursos se hayan interpuesto en relación con actuaciones de entidades locales (o sus organismos o entidades dependientes) con sede en su territorio. Por el momento, ninguna Comunidad Autónoma de las que ha atribuido competencias al TACRC ha previsto la posibilidad de repercutir al resto de entidades incluidas dentro del ámbito subjetivo del Convenio la tarifa a abonar en concepto de contribución a los gastos derivados de la resolución del recurso por el Tribunal Administrativo Central.

En cuarto lugar, la aplicación de la «tarifa» resulta independiente del resultado final del recurso, sea este estimatorio, parcial o totalmente, desestimatorio, o se acuerde simplemente la inadmisión del mismo.

Por último, debe hacerse notar que los Convenios prevén la posibilidad de «revisión» de las cuantías previstas en los mismos, atribuyendo al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la facultad de proponer a la respectiva Comunidad Autónoma las nuevas «tarifas» aplicables. En efecto, «... a partir del vencimiento de cada período de vigencia del Convenio, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas podrá revisar el importe de las cuantías a abonar al Tribunal en función de los recursos y reclamaciones resueltos por el Tribunal el año anterior y de los costes finalmente asumidos para su resolución, a cuyo efecto remitirá a la Comunidad Autónoma una propuesta con los nuevos importes acompañada de la correspondiente memoria justificativa».

VI. CONVENIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Andalucía es una de las Comunidades Autónomas donde se permite la creación de órganos de recurso propios en el seno de las Entidades Locales (Municipios y Provincias). A pesar de ello, la atribución por las Entidades Locales al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de la competencia para la resolución de los recursos ha sido la fórmula más utilizada. En efecto, se han acogido a la misma 22 Municipios y 5 Diputaciones Provinciales. Es cierto que, respecto de las Entidades Locales, todavía no son muchas las que han suscrito Convenio (en cualquier caso, más de las que han creado su propio órgano de recurso), pero ello suele obedecer a que dichas entidades únicamente se plantean la necesidad de resolver la cuestión competencial cuando se interpone un recurso contra uno de sus contratos. En

tanto que sus contratos no son objeto de recurso, por lo general, los Municipios andaluces guardan silencio respecto de la competencia para resolverlos.

El Decreto contempla asimismo la atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, previa celebración del oportuno convenio, para resolver los recursos y cuestiones de nulidad interpuestos contra los actos dictados en materia de contratación pública por los órganos competentes del Parlamento de Andalucía, la Cámara de Cuentas de Andalucía, el Consejo Consultivo de Andalucía, el Consejo Audiovisual de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz y el Consejo Económico y Social de Andalucía. Dichas instituciones «podrán celebrar el correspondiente convenio con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda, en el que se estipulen las condiciones para sufragar los gastos derivados de esta asunción de competencias»

Respecto de las Universidades Públicas, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, reconoce en su art. 11.2 que dicho Tribunal será competente, previa celebración del oportuno convenio, para resolver los recursos y cuestiones de nulidad de las Universidades Públicas. Hasta el momento, 7 Universidades Públicas han suscrito Convenio con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Al no contemplar la normativa autonómica la posibilidad de que esas Universidades puedan crear sus propios órganos de recurso, la consecuencia es que deben convenir con la Junta de Andalucía la atribución de la competencia para resolver los recursos con el Tribunal autonómico. El Decreto andaluz no contempla en cambio la atribución de competencia para la resolución de recursos interpuestos contra contratos licitados por Universidades privadas andaluzas, cuando se den los requisitos para considerar a dichas entidades como poder adjudicador²¹).

21. Debe recordarse aquí que una Universidad privada también puede tener la condición de poder adjudicador y, en consecuencia, sería posible interponer recurso especial en materia de contratación pública contra algunos de sus contratos. Como ejemplo paradigmático, puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000 (As. C-380/98), que enjuiciaba la condición de poder adjudicador de la Universidad de Cambridge.

Sin entrar ahora a considerar si tiene o no la condición de poder adjudicador, el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades reconoce como Universidad privada a la Universidad Loyola Andalucía (Disposición Adicional Primera). Importante prescripción para enjuiciar la potencial consideración de dicha entidad como poder adjudicador es aquella en la que se indica expresamente que dicha Universidad no «...

Por cuanto respecta al ámbito subjetivo de los Convenios previstos en el Decreto 332/2011, la atribución de la competencia al Tribunal autonómico se proyecta sobre los contratos de la respectiva Entidad Local o Universidad, así como sobre los que celebren organismos y entidades vinculados a ellas que tengan la consideración de poder adjudicador atendiendo a lo dispuesto en el art. 3.3 TRLCSP.

La fórmula del convenio de atribución de la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía se estima la más conveniente por los motivos que enumera dicho órgano en su Memoria de actividades del año 2012: «... supondría una mayor garantía de independencia del órgano que debe resolver los recursos respecto al poder adjudicador²²..., y se evitaría la proliferación de órganos resolutorios de recursos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con las consecuencias que ello conlleva tanto respecto al erario público como respecto a los potenciales recurrentes que se pueden ver obligados a acudir a órganos diferentes en función de la procedencia de órgano de contratación». Asimismo, la unificación del órgano competente para la resolución de los recursos por esta vía convencional evitaría la proliferación de doctrina contradictoria entre los distintos órganos de recurso.

Pero es que además, una de las mayores ventajas que presenta el Convenio que propone el Tribunal de la Junta de Andalucía a los Ayuntamientos y Universidades Andaluzas es, a diferencia de lo que sucede en el caso de los Convenios entre las Comunidades Autónomas y el Tribunal Administrativo Central, su gratuidad. Conscientes de las difi-

tendrá derecho a recibir ayudas públicas de la Junta de Andalucía para gasto corriente o inversiones destinadas a la financiación de las titulaciones oficiales que imparta dicha Universidad».

22. Paradigmático es el ejemplo del Tribunal de Contratos creado en el Ayuntamiento de Granada sobre cuya «peculiar» configuración ya advertimos en el *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, pp. 318-320. Y es que, junto a las clásicas atribuciones de estos órganos relativas a la resolución de recursos especiales, de cuestiones de nulidad y sobre las solicitudes de medidas cautelares, al Tribunal del Ayuntamiento de Granada se le atribuyen algunas otras desde nuestro punto de vista incompatibles con la naturaleza independiente de este tipo de órganos, en particular, la «Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas», la «Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y antes del sector público municipal», o la de «Formular propuesta de coordinación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente».

cultades financieras y económicas por las que atraviesan la mayor parte de los Ayuntamientos andaluces, la prestación del servicio por parte del Tribunal Administrativo autonómico resolviendo los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad de entidades locales de Andalucía y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, y de las universidades, no supone ningún coste para las mismas.

Por cuanto respecta a la vigencia de los convenios de atribución de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, los modelos de convenios contemplan una vigencia indefinida para aquellos suscritos por el Tribunal y las Entidades Locales, y una duración anual, tácitamente prorrogable por períodos de igual duración, en aquellos que son suscritos con las Universidades públicas.

VII. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL CASO DE RECURSOS RESUELTOS POR ÓRGANOS QUE TIENEN SU COMPETENCIA ATRIBUIDA EN VIRTUD DE UN CONVENIO

Siendo el recurso administrativo especial en materia de contratación un sistema alternativo al recurso contencioso-administrativo, la posibilidad de recurrir a esta segunda vía vuelve a abrirse una vez el recurso administrativo especial ha sido resuelto. Así, no obstante la ejecutividad de la resolución del recurso especial, el art. 49 TRLCSP contempla expresamente la posibilidad de su impugnación ante los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La cuestión que se puede plantear, en el caso de recursos jurisdiccionales interpuestos contra la resolución de un recurso por uno de los órganos que, como hemos visto, pueden tener atribuida su competencia para resolver esos recursos en virtud de un Convenio interadministrativo, es la de qué órgano jurisdiccional será el competente para resolver el subsiguiente recurso contencioso administrativo que se interponga frente a la resolución del recurso especial, cuestión de nulidad o reclamación de las previstas en la LCSE. La cuestión tiene sentido toda vez que algunos de esos órganos que resultan competentes para la resolución de recursos especiales, cuestiones de nulidad y reclamaciones en virtud del Convenio tienen un fuero jurisdiccional especial. Así, la competencia para la resolución de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan frente a las Resoluciones del TACRC se atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1. f de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA-).

Sin embargo, el legislador fue lo suficientemente previsor en este sentido, señalando expresamente para el supuesto de que la Resolución del recurso especial guarde relación con contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, que el órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo frente a la misma lo será la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma (10.1.k LJCA).²³ Y ello porque al señalar en este precepto la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma no se hace referencia a que la Resolución recurrida provenga de algún órgano en particular sino que se refiere genéricamente a las dictadas «por el órgano competente», quedando comprendidas, por tanto, las de los órganos autonómicos (o incluso locales) que tienen atribuida la competencia como propia, como las de los órganos que tienen atribuida la competencia para resolver los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previas en virtud de un Convenio interadministrativo. En este último supuesto se encuentran precisamente las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando se refieran a recursos procedentes de Comunidades Autónomas que le han atribuido la competencia para su resolución mediante Convenio.

Debe recordarse que, en esos recursos contencioso-administrativos, no actuará como demandado el órgano que haya resuelto el recurso, cuestión de nulidad o reclamación previa en virtud de la atribución convencional de la competencia para ello, sino que, en virtud del art. 21.3 LJCA, lo serán las personas o Administraciones favorecidas por el acto

23. Debemos señalar la alteración que, respecto del fuero jurisdiccional «natural» de las Entidades Locales, se produce al extender la competencia del Tribunal Administrativo Central y del Tribunal de Andalucía sobre los contratos de la Administración Local (aunque debemos advertir que esta alteración no se produce únicamente en este supuesto de alteración convencional del ejercicio de la competencia para la resolución de los recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, sino también en los supuestos en los que las Comunidades Autónomas han creado sus propios órganos de recurso que asumen el conocimiento de los recursos y reclamaciones interpuestas contra contratos de las Entidades Locales de sus territorio). Y es que, en caso de un posterior recurso jurisdiccional frente a la Resolución de los citados órganos, el fuero «natural» de las Entidades Locales, esto es, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo ex art. 8.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, queda alterado en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que corresponda, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.1.k del mismo texto legal.

objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la misma LJCA.

VIII. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

La necesidad de atribuir la competencia para resolver los recursos (precontractuales y contractuales) que se interpongan en materia de contratación pública a un órgano independiente de aquel que ha dictado el acto contractual que es objeto de recurso es tan importante como que el mecanismo de recurso sea rápido y eficaz.

Han sido ya varios los órganos independientes que se han creado, tanto a nivel estatal (Tribunal Administrativo Central) como autonómicos, y en algún caso local. La alternativa organizativa a esa opción es el convenio de atribución de la competencia para resolver esos recursos es el convenio con alguno de los órganos ya creados²⁴. Esta opción del Convenio plantea a nuestro juicio la necesidad de incremento de los medios personales y materiales de los órganos a los que se atribuye la competencia para resolver los recursos, y ello ante el evidente incremento de su actividad (derivada de la interposición de recursos frente

24. No nos olvidamos de la tercera posibilidad que contempla el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su Disposición Adicional, aplicable a las comunidades autónomas, en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos o cuestiones de nulidad, o conveniado su resolución con el Tribunal Administrativo Central. En tales casos, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad. Esto es, sobrevive «el espíritu» del artículo 37.4 LCSP en su redacción original para mantener la competencia del órgano de contratación para resolver el recurso (cuando se trate de contratos de una Administración Pública), o del titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela (si esta no tiene el carácter de Administración Pública). Ahora bien, en tales supuestos, el procedimiento de tramitación de los recursos se acomodará a lo dispuesto en los artículos 312 a 318 LCSP, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 LCSE, y además, cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias, o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas. Aunque caracterizado por su supletoriedad y transitoriedad, entendemos que este sistema no se ajusta a las directivas de recursos, pues aun cuando se establece como garantía la suspensión de los efectos de las resoluciones de adjudicación hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas, no se atribuye la competencia para su resolución a un órgano independiente de la entidad contratante. El acogimiento de las Comunidades Autónomas a este sistema supone, a nuestro juicio, un claro incumplimiento del Derecho europeo de contratos públicos por parte del Reino de España.

a contratos de las entidades convenidas). Sin embargo, en ninguno de los dos supuestos que hemos analizado (Convenios con el Tribunal Administrativo Central o con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía) la suscripción de Convenios en virtud de los cuales los órganos de recurso ampliaban su ámbito subjetivo de competencias ha venido acompañada del incremento de miembros efectivos de dichos órganos.

En el caso del Tribunal Administrativo Central, que en virtud de los convenios celebrados con Comunidades Autónomas ya ha resuelto en el año 2012 un total de 52 asuntos (y se espera que sean muchos más en años sucesivos), la atribución de nuevas competencias no ha supuesto incremento en el número de sus miembros, que siguen siendo, desde su constitución inicial, tres. La explicación a esta no ampliación de los miembros del órgano de recurso dedicados a decidir los asuntos podemos deducirla de la Memoria de actividades del año 2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se indica que:

«... En julio de 2012, la Subsecretaria de Hacienda y Administraciones Públicas y la Abogado General del Estado suscribieron un protocolo de acuerdo mediante el cual los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. Tal colaboración, que ya se había producido en 2011 de forma esporádica y no formalizada, ha permitido que el aumento de recursos derivado de los convenios con las CC AA, se haya podido resolver sin aumentar los miembros del Tribunal, sin demora en los plazos previstos en la Ley de Contratos y con una reducción significativa de esos plazos respecto al año anterior. Desde la entrada en vigor del acuerdo, un total de 114 resoluciones –el 67% de las aprobadas en el último semestre de 2012– se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado...»²⁵.

Esta solución, la elaboración de ponencias por los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado sobre las que luego decide el Tribunal Administrativo Central, que presenta un claro riesgo de afección a la independencia del órgano de recursos, no se encuentra prevista en el TRLCSP para hacer frente a los incrementos de la carga de trabajo del órgano de recurso. Antes al contrario, «cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje», el art. 41 TRLCSP prevé expresamente que «reglamentariamente pueda incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal», o

25. La Memoria se encuentra disponible en la web del Tribunal <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202012.pdf> (Cfr. p. 12)

bien, otra posibilidad, igualmente prevista en el TRLCSP, pasaría por plantear la creación de Tribunales territoriales de recursos contractuales en las Comunidades Autónomas²⁶. De hecho, en los propios Convenios celebrados entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y las Comunidades Autónomas se hace referencia expresa a esta última posibilidad, señalando para el caso de que por la Administración General del Estado se hiciera uso de la facultad de crear un tribunal administrativo territorial de recursos contractuales con competencia sobre el territorio de la Comunidad Autónoma, que «la competencia para el conocimiento y resolución de los recursos, reclamaciones, solicitudes y cuestiones de nulidad interpuestos contra actos y contratos de ésta, así como los interpuestos contra los actos y contratos de las Corporaciones Locales de su ámbito territorial, se entenderá atribuida al tribunal administrativo territorial de nueva creación, en los mismos términos previstos en este convenio, por el tiempo de vigencia que le reste».

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de composición unipersonal, tampoco ha sido «reforzado», aún habiendo firmado Convenios con 27 Entidades Locales (5 Diputaciones Provinciales y 22 Municipios) y siete Universidades. La Disposición Transitoria segunda del Decreto 335/2011 permite que «cuando el volumen o la especificidad de los asuntos así lo aconsejen, por Decreto del Consejo de Gobierno se podrá acordar su funcionamiento como órgano colegiado». En tal caso, la actual titular del Tribunal Administrativo será miembro del Tribunal cuando pase a funcionar como órgano colegiado, por el tiempo que le reste de mandato, sin perjuicio de su eventual renovación.

La carencia de los medios necesarios, tanto en el Tribunal Administrativo Central como en el Tribunal de la Junta de Andalucía, pone en serio riesgo el ejercicio de la función de control de la actividad contractual que tienen encomendada dichos órganos. Puede que la calidad de las resoluciones no se vea afectada, gracias al esfuerzo y dedicación de los miembros de dichos órganos. Pero seguro que los plazos de resolución de los recursos aumentan, retrasando en algunos casos la tramita-

26. Tal posibilidad aparece expresamente prevista en la Disposición Adicional primera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

ción de los expedientes de contratación (especialmente en los casos en los que la interposición del recurso suspende esos procedimientos) desapareciendo una de las grandes virtudes del sistema de recurso especial en materia de contratación, cual es su rapidez, exigida por el Derecho europeo. Por otra parte, la dotación de medios exige atenerse a las reglas establecidas, y huir de soluciones imaginativas que pueden tener su explicación en el menor impacto presupuestario, pero que ponen en riesgo la independencia del órgano de recurso y la «auctoritas» de sus miembros.

Las instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos en el sector público

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

I. LA NECESIDAD DE DICTAR INSTRUCCIONES PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS EXTERNOS EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO

La Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece para los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, la obligación de dictar en sus respectivos ámbitos de competencias y antes del 31 de diciembre de 2012, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

Este precepto es consecuencia de la preocupación creciente en el ámbito de las Administraciones Públicas, por evitar sentencias judiciales que declaren la existencia de cesión ilegal de trabajadores en el marco de la ejecución de un contrato de prestación de servicios. Para entender la situación es necesario analizar en primer lugar la jurisprudencia en la materia y cómo el Tribunal de Cuentas fundamentalmente pero también otros órganos con funciones de control o de asesoramiento, han puesto de manifiesto la necesidad de encarar el problema y el reflejo que estas inquietudes han tenido en el ordenamiento jurídico.

1. LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La contratación por entidades públicas de empresas para la realización de trabajos o servicios, ha dado lugar a demandas del personal de estas últimas que, en numerosas ocasiones, han desembocado en sentencias judiciales en cuya virtud los demandantes han adquirido la condición de trabajadores de las entidades públicas contratantes.

Estos pronunciamientos judiciales han sido consecuencia de la aplicación del artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el cual reserva a las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa¹. Fuera de este supuesto, el artículo 43 declara la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario y reconoce el derecho de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria.

Es obvio que la aplicación de este precepto en el ámbito de las Administraciones Públicas choca frontalmente con el régimen de acceso a la Función Pública que determina la Constitución Española en su artículo 103.2, el cual debe realizarse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. De conformidad con esta exigencia constitucional, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ya derogada y la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, han desarrollado los citados principios constitucionales, reconociendo el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a cuyo efecto las Administraciones Públicas, así como, en general, las entidades incluidas en su ámbito de aplicación², deben seleccionar a su personal, tanto funcionario como laboral, mediante procedimientos en los que se garanticen los expresados princi-

1. La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) las define como: «aquella empresa cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados».
2. El Estatuto Básico del Empleado Público se aplica al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas.

pios, que se traducen fundamentalmente en la necesidad de dar publicidad a las convocatorias y sus bases, transparencia en el proceso e imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

La discordancia entre el ordenamiento administrativo y el ordenamiento laboral resulta patente, pues a tenor de lo previsto en este último, la cesión ilegal de trabajadores, cuando la Administración ocupa la posición de cesionaria, podría dar lugar a la adquisición, por el trabajador sometido al tráfico prohibido, de la condición de fijo. Sin embargo, la aplicación de este precepto produciría un resultado contrario al ordenamiento administrativo al vulnerar las previsiones sobre el acceso al empleo público.

Este conflicto tiene sus raíces en las distintas finalidades e intereses que persiguen y protegen ambos ordenamientos y que, en definitiva, determinan sus orientaciones respectivas. El ordenamiento laboral responde a su tradicional carácter protector de los intereses del trabajador, que le lleva a establecer una serie de garantías a su favor. Por su parte, el ordenamiento administrativo se orienta primordialmente a satisfacer los intereses generales y garantizar la posición jurídica del ciudadano en cuanto tal. Esta orientación diferente explica que puedan producirse contraposiciones entre ambos ordenamientos en algunos aspectos y justifica que la Administración Pública, aun estando sometida también a las normas laborales, pueda quedar en una situación diferente de la que corresponde a un empresario privado respecto de la aplicación de aquellas, por imperativo de las exigencias derivadas de las normas administrativas.

El mismo Tribunal Constitucional ha admitido que la Administración, en el caso concreto de la contratación de personal laboral, *no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración*³.

Desde esa premisa, la jurisprudencia ha realizado una interpretación integradora de las normas administrativas y laborales en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y sus consecuencias, cuando el

3. Auto del Tribunal Constitucional 858/1988, de 4 de julio, ver fundamento jurídico segundo.

cesionario es una Administración Pública, que hoy puede considerarse consolidada en sus rasgos fundamentales.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en diversas sentencias dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina (Sentencias de 19 de junio, 17 de septiembre, 19 de noviembre y 11 y 27 de diciembre de 2002, y 28 de octubre de 2003), aplica al supuesto de cesión ilegal de trabajadores la doctrina consolidada sobre supuestos de contratación temporal ilegal, efectuada al pretendido amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. En aquellos casos en los que se celebran contratos de duración determinada por quienes no se hallan en las situaciones en las que este precepto permite la contratación temporal, la jurisprudencia ha reconocido a los trabajadores afectados la vinculación a la Administración con un contrato indefinido pero no la condición de fijos en plantilla, pues como argumenta la Sentencia de la Sala citada, de 20 de enero de 1998:

«La contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido».

Y sobre la diferencia entre ambas situaciones prosigue:

«El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que este no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.

En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».

Por tanto, la ejecución de las sentencias por las que se declaran situaciones de cesión ilegal de trabajadores en las Administraciones Públicas, supone en la mayoría de los casos el reconocimiento al trabajador de la situación de contratado laboral indefinido hasta la cobertura del puesto de trabajo mediante los medios de provisión regulados en las normas administrativas y previa modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo si fuera necesario.

La preocupación por las situaciones de cesión ilegal de trabajadores en las Administraciones Públicas, aumentó con la reforma laboral de

2006 que introdujo cambios en los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, manteniendo el derecho del trabajador cedido ilegalmente a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria a su elección, incluyó en el artículo 43 un nuevo apartado 2, en el que se describen las circunstancias que darán lugar, *en todo caso*, a la existencia de una cesión ilegal:

«En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

A la vista de la reforma y de las repercusiones de la misma en los contratos administrativos de servicios, la Abogacía del Estado publicó su Circular Laboral 2/2007, en la que analizaba ampliamente las implicaciones jurídicas y las consecuencias de la declaración de cesión ilegal de trabajadores, así como la jurisprudencia social sobre el problema y establecía pautas a seguir en la preparación y ejecución de estos contratos, con el fin de evitar que la jurisdicción social pudiera declarar situaciones de cesión ilegal de trabajadores en la Administración Pública derivadas de los mismos.

2. LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU INCIDENCIA SOBRE ESTA MATERIA

La necesidad de prevenir y evitar supuestos de cesión ilegal de trabajadores tuvo reflejo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la inclusión de dos importantes preceptos, el artículo 277.4 y la Disposición adicional quinta.

El artículo 277.4 –actualmente artículo 301.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)– pretende evitar los efectos de la cesión ilegal de trabajadores en los contratos de servicios estableciendo:

«A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

Por otro lado la Disposición adicional quinta incluía una serie de limitaciones a la contratación con empresas de carácter temporal:

1. *«No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.»*

2. *«En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.»*

Sin embargo, la efectividad de la declaración contenida en el artículo 301.4 es muy relativa y no parece que por si misma pueda evitar el reconocimiento por sentencia de los Juzgados de lo Social de contratos laborales indefinidos en los casos de cesión ilegal.

Por otro lado, la Disposición adicional quinta, que pretendía limitar los peligros que podía suponer la utilización de las ETT por parte de las Administraciones Públicas respecto de la consolidación de trabajadores⁴, se vio afectada por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, que en su artículo 17 incorporó a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, una Disposición adicional cuarta suprimiendo a partir del 1 de enero de 2011, todas las limitaciones o prohibiciones para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, salvo las relativas a trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo. A partir de esta fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas solo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos. Esta previsión del Real Decreto-ley 10/2010 es consecuencia de la necesaria transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal que

4. La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, dispone en su artículo 7.2 que «Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuará prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido.»

obligaba a revisar las restricciones que se venían aplicando en los Estados miembros a las empresas de trabajo temporal⁵.

Ante las dudas planteadas por la doctrina sobre los efectos de la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley 14/1994, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal sobre la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, fruto de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 10/2010, optó por derogar expresamente, la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, con efectos de 1 de abril del 2011⁶. Además en el artículo 17 da una nueva redacción a la Disposición adicional cuarta de la Ley 14/1994, en los siguientes términos⁷:

«A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos.

Antes de la fecha señalada en el párrafo anterior, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones.

Las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización

5. El artículo 4 de la Directiva establece con carácter general que «las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de seguridad y salud en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos». Y prevé un proceso de revisión por los Estados miembros de las restricciones o prohibiciones existentes que finalizaba el 5 de diciembre de 2011.
6. Ver Disposición derogatoria única de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
7. Sobre este proceso de reforma ver el trabajo de FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas. *Diario La Ley*, nº 7588, Sección Tribuna, 14 marzo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos»⁸.

Asimismo, la Ley 35/2010, dio nueva redacción a la Disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, incluyendo el segundo párrafo del apartado 1 y los apartados 2 y 3.

3. LA RESOLUCIÓN DE 27 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA COMISIÓN MIXTA PARA LAS RELACIONES CON EL TRIBUNAL DE CUENTAS, EN RELACIÓN CON LA MOCIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE EVITAR LOS RIESGOS DE QUE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS CONTRATADAS POR LA ADMINISTRACIÓN, POR LAS CONDICIONES EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD CONTRATADA, SE CONVIERTAN EN PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN VIRTUD DE SENTENCIAS JUDICIALES

El Tribunal de Cuentas había puesto de relieve en numerosos informes de fiscalización, la existencia de pronunciamientos judiciales declarativos de cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las Administraciones Públicas, advirtiendo además de que había habido otras situaciones similares en las que sin haber llegado a declaraciones judiciales, había existido el peligro de las mismas.

Como consecuencia de ello el Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales, el 26 de febrero de 2009, una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales.

En ella el Tribunal de Cuentas recuerda las advertencias que sobre la cuestión ha venido realizando en diversos informes de fiscalización y después de analizar la jurisprudencia emitida hasta la fecha, reconoce que las sentencias producidas tienen por objeto reconducir a la legalidad las situaciones creadas, como no puede ser de otra manera desde la

8. En marzo de 2011 se sometió a negociación colectiva un proyecto de Real Decreto por el que se regula la celebración de contratos de puesta a disposición por las Administraciones Públicas con Empresas de Trabajo Temporal, que no se llegó a aprobar. La falta de desarrollo de la Disposición adicional cuarta de la Ley 14/1994, no es óbice a criterio de la doctrina para que las Administraciones Públicas puedan celebrar estos contratos

perspectiva de los intereses y derechos de los trabajadores afectados, pero produce importantes brechas en la gestión de personal de los entes públicos.

Fundamentalmente, pone de relieve cómo por efecto de esas declaraciones judiciales se desemboca en situaciones de incrementos de plantilla sin los correspondientes estudios sobre la necesidad y oportunidad que deben preceder a cualquier aumento de personal.

Por ello, formula una serie de propuestas que dieron lugar a la aprobación por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, de la Resolución de 27 de octubre de 2010, en la que se insta a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración se circunscriba, exclusivamente a supuestos debidamente justificados, determinando previamente a través del diálogo social, los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal.

De igual forma en la tramitación de las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, deberán realizarse los estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, impidiendo que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.

En materia de contratación, la Resolución insiste en que los pliegos que han de regir los contratos de servicios y los que se celebren con empresas de trabajo temporal determinen, con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar evitando el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas. Y para ello concluye, deberán aprobarse las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada.

Por último, exige que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino que de-

semboque, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración.

4. EL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD

La exigencia de dictar instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos contratados se materializó en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante Real Decreto-ley 20/2012). Su exposición de motivos pone de relieve cómo la actual coyuntura económica exige reducir el déficit público y con este objetivo adopta duras medidas de contención del gasto de personal. Aunque no lo cita expresamente está claro que los supuestos de declaración de cesión ilegal de trabajadores y el reconocimiento por sentencia judicial del carácter de trabajadores indefinidos de la Administración de los que eran trabajadores de empresas de servicios, suponen una grave ineficiencia del sistema.

Por ello, la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, establece unas *Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración*, que consisten en la obligación de que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dicten en sus respectivos ámbitos de competencias y antes del 31 de diciembre de 2012, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos.

Además indica que en el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

Como pone de relieve la Circular Laboral de la Abogacía del Estado 2/2012, estas instrucciones, al constituir una exigencia legal y tener vocación de generalidad, evitarán los riesgos de declaraciones judiciales de despido nulo al finalizar los servicios contratados, pues no constituirán, en ningún caso, una represalia hacia las personas contratadas en los servicios externalizados (incluso cuando ya hubieran presentado alguna reclamación denunciando fraude de ley en la ejecución de los servicios contratados), al estar encaminadas a buscar una actuación de la Administración más ajustada a la legalidad, restaurando las irregularidades que puedan detectarse.

II. CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS EXTERNOS CONTRATADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Antes incluso de que se aprobase el mandato de la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, la preocupación de las Administraciones Públicas por evitar situaciones que puedan derivar en el reconocimiento judicial de la existencia de una relación laboral entre el personal de las empresas contratistas de servicios y los entes contratantes, sobre todo a partir de la Resolución de las Cortes Generales de 27 de octubre de 2010, se había traducido en la aprobación de algunas instrucciones o recomendaciones de buenas prácticas en la contratación de los contratos de servicios.

Así la *Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia sobre las decisiones que deben incluirse en los contratos de servicios que impliquen contratación de personal*, o la *Instrucción número 27 de la Subsecretaría de Fomento, de 3 de julio de 2012, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios*, se dictaron con anterioridad.

Posteriormente se han aprobado entre otras, la *Instrucción de 21 de diciembre de 2012, de la Comisión Delegada del Gobierno de Adquisiciones e Inversiones de la Consejería de Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por la que se establecen medidas para la correcta ejecución de los servicios que vayan a ser objeto de contratación* y la *Instrucción 5/2012 del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, sobre servicios externos contratados por el Ayuntamiento de Madrid y los entes que conforman su sector público, en cumplimiento de la Disposición Adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio*.

En el ámbito de la Administración General del Estado, las Secreta-

rías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas aprobaron unas *Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores*, de fecha 28 de diciembre de 2012.

Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado la *Recomendación 1/2013, de 27 de febrero, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos*, que incluye una propuesta de instrucción.

Estas instrucciones tienen distinta amplitud de contenido. Algunas se circunscriben únicamente a regular los aspectos de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas relativos a las condiciones de ejecución de los servicios externos, incidiendo en la separación entre las prerrogativas que en la ejecución del contrato corresponden a la Administración y el poder de dirección de la empresa contratante sobre la misma y sobre su personal. Otras sin embargo, no solo contienen mandatos o sugerencias sobre la preparación de los contratos sino que comprenden una serie de buenas prácticas a tener en cuenta en la fase de ejecución. Y las más amplias, como la Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 28 de diciembre de 2012, contienen también reglas sobre la creación de puestos de trabajo y sobre las actuaciones a llevar a cabo cuando se produzca una reclamación judicial.

También es distinto el enfoque que varía en cuanto en algunas de estas instrucciones es más práctico que en otras, incluyendo en algunos casos propuestas bastante pormenorizadas de cláusulas tipo para incluir en los pliegos que van a regir el contrato.

1. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES

Hay dos cuestiones importantes sobre el ámbito de aplicación de estas instrucciones, el ámbito subjetivo, a qué entidades deben vincular; y el ámbito objetivo, a qué tipo de contratos afectan.

Respecto del ámbito de aplicación subjetivo, la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012 aunque lleva por título Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, dirige el mandato de aprobar unas instruc-

ciones a todos los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.1 TRLCSP.

Ahora bien, de los antecedentes relatados se pone de manifiesto que el problema más grave es el que afecta a aquellas entidades a las que se aplica el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), Administraciones Públicas, Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualquier Administración Pública y Universidades Públicas.

Por ello aun cuando otros entes del sector público, como sociedades o fundaciones públicas deban tomar también medidas que eviten la cesión ilegal, es cierto que será a las entidades consideradas Administraciones Públicas a efectos del EBEP, a las que hay que exigir mayor rigurosidad.

En las instrucciones aprobadas hasta la fecha el ámbito de aplicación subjetivo no es coincidente, en algunos casos se aplican a todo el sector público vinculado a la Administración que las dicta, en otros casos se circunscribe a aquellos entes del sector público que, conforme al artículo 3.2. TRLCSP tienen la consideración de Administración Pública. Nótese que utilizar para definir a las entidades sujetas a estas instrucciones el concepto de Administración Pública del artículo 3.2 TRLCSP no resulta correcto puesto que supone dejar fuera de su aplicación a las entidades públicas empresariales que, sin embargo están en el ámbito de aplicación del EBEP⁹.

La segunda cuestión relevante sobre el ámbito de aplicación es determinar qué debe entenderse por servicios externos contratados, y en este punto también es necesario acudir a la finalidad que pretende la norma, que es evitar la cesión ilegal de trabajadores como consecuencia de la prestación de servicios externos.

Los servicios externos pueden ser consecuencia de un previo contrato de servicios formalizado de acuerdo con las normas del TRLCSP al amparo de su artículo 10, o ser realizados por una entidad que tenga el carácter de medio propio mediante la técnica del encargo al que se refieren los artículos 4.1 n) y 24.6 TRLCSP.

9. El artículo 3.2.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone de: «No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales, estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales».

Los encargos de gestión a los que hace referencia la doctrina in house no son contratos stricto sensu sino que suponen una manifestación de la potestad autorganizativa de la Administración, ya que no hay una autonomía de la voluntad por parte de quien recibe el encargo. Se trata de encargos que los poderes adjudicadores hacen a sus servicios internos, en cuanto que organizaciones especializadas en régimen de descentralización funcional, organizaciones que habitualmente adoptan una forma jurídico-privada. Ello no impide que pueda existir el peligro de que los trabajadores del ente que recibe el encargo, sea este una entidad de derecho público o una empresa pública, se incardinan en la organización de la entidad contratante dando lugar a una cesión ilegal¹⁰.

Parecidas circunstancias pueden concurrir en los contratos administrativos especiales celebrados en el marco de la realización de servicios en colaboración con empresarios particulares, que regula el artículo 24.4 TRLCSP.

Por lo tanto a todas estas modalidades de concertación de servicios externos deben resultar aplicables las instrucciones.

2. CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES EN RELACIÓN CON LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS EXTERNOS

2.1. El objetivo que se persigue y los instrumentos que proporciona la normativa sobre contratos públicos

Para abordar cuál debe de ser el contenido de las instrucciones hay que partir de que, en todo caso, lo que exige el Real Decreto-ley 20/2012, es que las Administraciones Públicas adopten las medidas necesarias para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada y que la ejecución se ajuste a las reglas de la contratación administrativa y se eviten actuaciones propias de una relación laboral con los empleados del contratista.

10. No procede hacer mención a las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, ya que como ha puesto de relieve entre otras la Junta Consultiva de Contratación de Illes Balears en su informe 6/2009: «el artículo 15 de la LRJ-PAC ha quedado limitado en su contenido a las actuaciones o actividades ajenas a la legislación sobre contratación pública, sin que, por tanto las encomiendas de gestión a que se refiere este último precepto legal puedan tener por objeto actuaciones consistentes en la ejecución de obras, realización de suministros o prestación de servicios a cambio de una contraprestación dineraria, es decir, sin que puedan tener por objeto relaciones materialmente contractuales».

La relación jurídica laboral entre la empresa contratista y su personal es independiente de la relación jurídica pública que nace en virtud del contrato de servicios entre la entidad contratante y la empresa contratista. La entidad contratante solo es parte de esta última y existen instrumentos adecuados para mantener intacta la separación entre la relación jurídica pública de contratación y la relación laboral entre la empresa contratante y su personal.

Por ello, para definir cuál ha de ser el contenido de las instrucciones, es necesario recordar aquellas circunstancias que han dado lugar a que la jurisprudencia declare acreditada la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y los instrumentos que la normativa sobre contratación pública contiene para garantizar que la presencia del contrato de servicios que une a la entidad contratante y a la empresa contratista y sus trabajadores no afecte a la relación jurídica paralela entre empresa contratista y sus trabajadores.

Aspectos como la necesaria justificación de las necesidades a satisfacer mediante el contrato, la correcta definición y descripción del objeto del contrato, las exigencias relativas a la solvencia del empresario y la figura del responsable del contrato, todos ellos regulados en el TRLCSP, sirven a ese fin.

La primera cuestión que debe quedar clara en el expediente de contratación es que la empresa contratista no se limita a atender prestaciones propias del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de carácter permanente y que deban realizarse bajo la dependencia y dentro del ámbito de organización propio de la entidad contratante, porque de ser así la necesidad a cubrir no será la prestación de un servicio, sino una carencia de personal a la que deberá darse satisfacción por otras vías.

Por ello, el objeto del contrato debe de ser la prestación íntegra de un servicio y el mismo debe quedar descrito en el correspondiente pliego de prescripciones técnicas con detalle suficiente.

La empresa contratista tiene que disponer de los medios personales y materiales, y de una organización suficiente que la acredite como capacitada para realizar las prestaciones objeto del contrato. La necesidad de que la empresa adjudicataria tenga una estructura estable y una actividad propia y real, es una cuestión que la jurisprudencia valora a efectos de la existencia de cesión ilegal de trabajadores. Estas circunstancias deben quedar aseguradas en la fase de licitación mediante la exigencia por el órgano de contratación de la solvencia específica que acredite que

la empresa actúa en el mercado, que tiene un objeto social adecuado, que tiene medios materiales suficientes y una clientela propia, extremo este para el que datos como el volumen de negocio y la experiencia en contratos anteriores resultarán significativos.

Un instrumento fundamental y clave es la figura del responsable del contrato regulado en el artículo 52 TRLCSP, pues hay que recordar que, en gran medida las situaciones que dan lugar a la cesión ilegal de trabajadores no pueden atajarse únicamente con las previsiones de los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas, sino que se producen durante la ejecución del contrato en virtud de las relaciones entre las personas físicas que participan en ella en representación de la entidad contratante o como trabajadores de los contratistas. Como puso de relieve la Abogacía del Estado en la Circular Laboral 2/2007, el contenido estático o formal de un contrato puede desvirtuarse cuando la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, revela sospechas fundadas acerca de la posible existencia de una cesión ilegal.

Para los Tribunales de lo Social, es esencial que el personal de la entidad contratante no sustituya a la empresa contratista en el ejercicio de las facultades que le son propias en su condición de empleador y en concreto en el ejercicio del poder de dirección. Por ello los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que como parte de la relación jurídico laboral le corresponden a la empresa contratista. También es importante que en los pliegos se evite la inclusión de previsiones sobre las condiciones de trabajo del personal que va a participar en la ejecución del contrato o sobre cuestiones cuya regulación está reservada a la normativa laboral, tales como remuneración, horario, jornada, etc. Asimismo es necesario contemplar en el pliego cómo se van a articular las relaciones entre Administración contratante y contratista de forma que cada parte mantenga y pueda ejercer las funciones que le son propias; el contratista la dirección y organización de la ejecución del contrato y el ente contratante la supervisión de la misma y el ejercicio de las prerrogativas de interpretación que le corresponden. Hay que recordar en este punto que el artículo 305 del TRLCSP menciona expresamente este aspecto para el contrato de servicios del que se dice que se ejecutará «con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación».

Como consecuencia de lo anterior, la figura del responsable del con-

trato que el TRLCSP, configura como facultativa para el órgano de contratación, debería tener carácter obligatorio en los contratos de servicios que por sus especiales circunstancias, como ser prestados en centros de trabajo de la Administración, conllevar la utilización de medios propios del ente contratante, etc., puedan dar lugar a situaciones en las que exista peligro de que los representantes o trabajadores del contratante puedan invadir la esfera de dirección que corresponde al contratista respecto de su personal.

El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizarían todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar al contratista, que a su vez deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador.

2.2. Contenido básico de las instrucciones

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que existen dos planos en los que las instrucciones deben incidir; un plano normativo, en el que se precise el contenido de los pliegos que han de regir los contratos de servicios, con especial atención para aquellos que se ejecutan en centros de trabajo de la Administración, o en los que interrelacionan de forma habitual personal de la Administración y de la empresa contratista; y otro plano práctico en el que se establezcan pautas para la actuación del personal de la Administración que tiene responsabilidad sobre la ejecución del contrato, a la manera de un código de conducta, o de buenas prácticas.

Como consecuencia, el contenido básico de unas instrucciones podría ser el siguiente:

- a) **Ámbito de aplicación:**
 - i) Subjetivo
 - ii) Objetivo
- b) **Principios básicos de actuación:**
 - i) Evitar la contratación de servicios externos para suplir las carencias de medios personales.
 - ii) Evitar que los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa realicen durante la ejecución de los contratos, actos que interfieran en el ámbito del poder de dirección de la empresa contratista o

de las facultades y obligaciones que le corresponden como empleador.

- iii) No podrán ser objeto de contratos de servicios o encargos de ejecución aquellos servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.
- c) Instrucciones a tener en cuenta en la preparación y adjudicación de los contratos.
- i) Justificación de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato o con el encargo de ejecución, que deberán responder a necesidades no habituales de la Administración o que no se estén realizando por empleados públicos.
 - ii) El objeto del contrato o encargo deberá ser la prestación integral de un servicio.
 - iii) Contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas y de los documentos en que se plasmen los encargos de ejecución:
 - 1. Determinar con precisión las prestaciones a realizar.
 - 2. Exigencia de solvencia empresarial que demuestre la existencia de una organización empresarial estable con medios suficientes para llevar a cabo el contrato.
 - 3. Obligación por parte de la empresa adjudicataria de designar un coordinador o director del servicio que será el interlocutor con quien se relacionará la entidad contratante en la ejecución del contrato.
 - 4. Con carácter general el servicio se prestará con medios materiales del contratista, de no ser así se harán constar expresamente en los pliegos junto con las garantías y condiciones que resultarán aplicables al uso de los medios de la Administración.
 - 5. Con carácter general, la prestación de los servicios se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, de no ser esto posible se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motiven la prestación en los centros dependientes de la entidad contratante y se arbitrarán las medidas necesarias para mantener al personal del contratista en su ámbito de dirección.
 - 6. Se exigirá al contratista siempre que sea posible que

VIII. LAS INSTRUCCIONES PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN...

aporte en fase de licitación o antes de comenzar la ejecución un estudio organizativo del servicio.

7. La entidad contratante designará obligatoriamente a un responsable del contrato al que corresponderán las relaciones con el contratista respecto de la ejecución del contrato.
 8. Deberá hacerse constar el compromiso de la empresa de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario, en relación con sus trabajadores y así como responsabilizarse de los derechos y obligaciones que le corresponden como empleador.
 9. No podrá incluirse en los pliegos ninguna indicación o precisión relativa a la política de personal de la empresa contratante o a las condiciones de trabajo de su personal, más allá de la obligación de cumplir con la normativa vigente.
 10. El cálculo del importe del contrato y los demás que se deriven de la ejecución del mismo se realizará de acuerdo al coste de los trabajos, evitando siempre que sea posible la utilización del criterio de unidades de tiempo para su determinación.
- d) Buenas prácticas en la fase de ejecución del contrato.
- i) Obligación de los responsables de la gestión de los contratos de ajustarse en sus actuaciones a lo establecido en el mismo, sin asumir funciones directivas propias de un empleador sobre el personal de las empresas contratistas.
 - ii) El personal de la empresa contratista no podrá tener acceso a ninguna de las prestaciones, derechos y servicios inherentes a la condición de empleado público.
 - iii) Los trabajadores de la empresa contratista no tendrán acceso salvo, excepciones debidamente justificadas, al correo electrónico ni a las aplicaciones informáticas corporativas.
 - iv) Los abonos derivados de la ejecución del contrato deberán responder a los trabajos efectivamente realizados, evitando la realización de pagos periódicos no vinculados a las prestaciones realizadas.
 - v) La inobservancia de las buenas prácticas podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias.

2.3. Otros contenidos que puede resultar conveniente introducir en las Instrucciones que regulan la ejecución de servicios externos

Además de regular los aspectos encaminados a clarificar la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando actuaciones de las que se pueda derivar una cesión ilegal de trabajadores, las instrucciones que se dicten para la correcta ejecución de los servicios externos son el lugar adecuado para recordar las obligaciones que impone la normativa en materia de comprobación de la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores ajenos.

El artículo 5 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, exigía que los empresarios que contrataran o subcontrataran con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberían comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos. A partir de la reforma de este precepto, por Ley 13/2012 de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que entró en vigor el pasado 28 de diciembre de 2012, la obligación de comprobación no se circunscribe al momento del inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, sino que afecta a la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores durante todo el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata.

Esta modificación está relacionada con la creación por la misma Ley 13/2012, de un nuevo tipo infractor en el apartado 11 del artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que califica como infracción grave:

«No comprobar por los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

Por ello en los casos en que las entidades contraten servicios correspondientes a la propia actividad o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación

contratada y a lo largo de la ejecución de la misma, el responsable del contrato deberá comprobar la afiliación y el alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que el empresario ocupe en la ejecución del servicio.

3. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS A LA APROBACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES

La aprobación de la instrucción con las características antes apuntadas debe venir acompañada de unas medidas complementarias que aseguren su efectividad.

Por ello, es aconsejable que inicialmente se realice una evaluación general de la situación de los contratos en ejecución que supongan la prestación de servicios externos en dependencias de la Administración o con medios de la misma para, una vez detectadas las situaciones de peligro, adoptar las medidas necesarias.

También resulta conveniente crear una comisión de seguimiento y vigilancia sobre la aplicación de la instrucción no solo en el ámbito de los pliegos, que tendrá su control a través de los informes preceptivos de los servicios jurídicos y de la fiscalización previa de los mismos, si no sobre la puesta en práctica de las medidas contenidas en los pliegos y de las buenas prácticas que se proponen.

Por último, también es necesario planificar y desarrollar actividades de formación para los responsables del contrato, que en muchas ocasiones tendrán una formación técnica y a los que por tanto conviene darles a conocer la normativa laboral y los efectos que determinadas malas prácticas en la ejecución de los contratos de servicios pueden tener en relación con la cesión ilegal de trabajadores.

IV. OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2012

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

*Letrado-Asesor Jurídico
Ayuntamiento de Pamplona*

El presente capítulo, titulado «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales», tiene por objeto reseñar la actividad que durante el año 2012 han desarrollado los órganos creados para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública regulado ahora en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

El número de asuntos y las cuestiones de fondo que abordan hace decantarnos por tratar cuestiones de fondo, que lamentablemente, se reiteran en unos y otros tribunales. Especial relevancia tornan las cuestiones relacionadas que relacionan la contratación pública con la crisis económica. Los límites a la posibilidad de licitar contratos agrupando servicios distintos separables e independientes, o unificando toda la contratación de servicios para todo el Estado en la pretensión de conseguir ahorros económicos son ejemplo de ello. Ha generado también preocupación tiene la posibilidad de licitar contratos donde existe el deber legal de subrogación en los casos en que las prestaciones exigidas en el nuevo contrato son muy inferiores a los anteriores con clara afección al personal subrogable. En este marco, tiene relevancia el papel que juega los poderes adjudicadores ante ofertas anormalmente bajas donde los costes de personal son los que sirven para constituir fundamentalmente el precio.

En el mismo sentido, la deficiente previsión de la posibilidad de introducir mejoras en las ofertas ha sido multitudinaria. Al parecer, bajo la pretensión de conseguir mejores ofertas, más económicas y con más prestaciones, se ha incurrido en cláusulas arbitrarias, imprecisas que no

responden al objetivo de concurrencia pretendido por los principios de la contratación pública. Lo cierto es que en vez de conseguir ahorros y mejores ofertas tan solo consiguen confundir a los licitadores y dejar a la imaginación de éstos y al arbitrio del órgano de contratación la valoración de sus propuestas.

I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2012

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha sido el que ha tenido un mayor volumen de resoluciones, con un total de 312 resoluciones.

Y mucho más después de que los Servicios de la Comisión Europea, en concreto de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, se dirigieran a las autoridades españolas exponiendo la necesidad de clarificar que ante la inexistencia de órgano independiente en una Comunidad Autónoma o de convenio atribuyendo el conocimiento del recurso especial al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, tienen carácter suspensivo de celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales¹. Ello ha hecho que Comunidades como La Rioja, Extremadura, la Ciudad de Melilla, Castilla-la Mancha, Murcia, Cantabria, o Islas Baleares suscribieran un convenio de colaboración con el Ministerio de Hacienda sobre atribución al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de la competencia para la tramitación y resolución de los recursos, solicitudes de adopción de medidas provisionales y cuestiones de nulidad de los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 40.1, 43 y 37, del texto refundido y 101, 103 y 109 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales².

1. Ver Recomendación de 1 de marzo de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los órganos de contratación sobre la interpretación del régimen contenido en la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
2. Estos convenios sobre atribución de competencia de recursos contractuales fueron aprobados mediante resoluciones de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 2 de agosto de 2012 (La Rioja), 27 de julio de 2012 (Extremadura y la Ciudad de Melilla), 22 de octubre de 2012 (Castilla-La Mancha), 5 de noviembre de 2012 (Murcia), 5 de diciembre de 2012 (Murcia y Cantabria –téngase en cuenta que con ello se deja sin efecto la creación de un tribunal en Cantabria por la Ley 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico

Si en el año 2011 asistimos a la entrada en funcionamiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco; en el año 2012, se creó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y se designó al titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se creó por la Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras y se constituyó el 28 de marzo de 2012. Esta norma iba precedida de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León que en su Disposición Final Séptima contemplaba la creación de un órgano con competencia para la resolución de las impugnaciones en materia de contratación pública. Quedó constituido el pasado 27 de marzo de 2012.

La Ley 1/2012, de 28 de febrero de Medidas Financieras de Castilla y León para 2012, publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León nº 42 de 29 de febrero de 2012 dedica su Título III (arts. 35 a 41) al nuevo Tribunal configurándole como el órgano administrativo en materia de recursos contractuales de Castilla y León, y adscribiéndolo al Consejo Consultivo de Castilla y León. El Tribunal conoce y resuelve tanto los recursos especiales, como la adopción de medidas provisionales y de las cuestiones de nulidad planteadas en el ámbito de los órganos, entes, organismos y entidades que tienen la consideración de poder adjudicador que se integran en la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y en las Entidades Locales de su ámbito territorial; pudiendo también conocer, previo convenio, de las que se planteen en las Cortes de Castilla y León, el Procurador del Común y el Consejo de Cuentas.

Está integrado por un Presidente y dos Vocales y asistido por un Secretario, con voz pero sin voto. El Presidente será el Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, los dos vocales serán Consejeros

dico-), 10 de diciembre de 2012 (Islas Baleares). El modelo de Convenio fue informado favorablemente por el Consejo de Ministros en su reunión de 29 de junio de 2012.

Electivos del Consejo Consultivo de Castilla y León y el Secretario del órgano, que no tendrá carácter de miembro del mismo, será el Secretario General del Consejo Consultivo. Conforme al artículo 7 de la Ley 1/2002, de 9 de abril Reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León los consejeros y el Presidente (elegido de entre los consejeros) deberán ser Licenciados en Derecho con más de diez años de dedicación a función o actividad profesional de contenido jurídico, y gozar de la condición de ciudadano de Castilla y León. Excepcionalmente, pueden acceder a la condición de Consejero otros titulados superiores que, aun no siendo licenciados en Derecho, acrediten una reconocida competencia en relación con las funciones del Consejo.

Respecto del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. Fue la Ley 7/2011, del 27 de julio, de medidas fiscales y financieras quien tomó la determinación de crear este órgano. En su Disposición Adicional Cuarta. Norma que atribuía a este órgano la competencia para ejercer sus funciones en el ámbito de la Administración de la Generalidad, de las entidades y los organismos que forman parte de su sector público que tienen la consideración de poderes adjudicadores, de las administraciones locales integradas en su territorio, así como de las entidades y organismos de la Administración local que tienen la consideración de poderes adjudicadores. El precepto permitía que los municipios de más de cincuenta mil habitantes del territorio de Cataluña pudieran crear un órgano propio con competencia para resolver los recursos de su ámbito local.

Fue la Resolución del titular del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña nº PRE/1014/2012, de 31 de mayo, la que resolvió la convocatoria para la provisión, por el sistema de libre designación, del puesto de Director del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. El nombramiento recayó en D. Juan Antonio Gallo Sallent, por un período de cinco años. En fecha 12 de junio de 2012 la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública (OSACP) comunicó a través de su página web la puesta en funcionamiento del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, en fecha 1 de junio de 2012.

Además, en el año 2012 han sido muchos los órganos de recursos creados por entidades locales. Entorno a ello ha sido Andalucía quien ha hecho uso a todos los niveles, municipal y provincial de esta posibilidad³. Y es que el apartado 4 del artículo 41 del TRLCSP, al determinar

3. La Ley 5/2010 de la Comunidad Autónoma Vasca en su Disposición adicional determinaba que el ámbito en el que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales

el órgano competente para la resolución del recurso especial, preveía que *«en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito»*.

Con apoyo en lo anterior, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, reconocía la posibilidad de que, en el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación se atribuya a órganos de las propias entidades locales que deberán actuar con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. El mismo precepto establece la posibilidad de que, de conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1.c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales puedan corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.

El pretexto de creación común en todos estos supuestos ha sido la necesidad de conseguir una mayor agilidad en la resolución de los recursos lo que ha sido criticado por la existencia de solapamientos, la

ejerce su función comprende a las Administraciones locales integradas en el territorio de dicha Comunidad, existen dos excepciones. La primera, la de aquellos municipios de más de 50.000 habitantes que hayan creado su propio órgano competente para la resolución de los recursos de su ámbito local y sector público respectivo. La segunda, los recursos planteados contra contratos de las Diputaciones Forales, que de conformidad con el art. 3.2.g TRLCSP tienen la consideración de Administraciones públicas, lo cual ha sido interpretado en el sentido de considerar necesaria la creación en el seno de las mismas de un órgano administrativo encargado de la resolución de recursos en materia de contratos públicos. Así, la provincia de Álava, mediante Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, aprobó la creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales; la de Guipúzcoa, mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, la creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y la de Vizcaya, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, la creación del Tribunal Administrativo foral de recursos contractuales.

fragmentación de la doctrina en función del órgano de contratación, además de que en algunos casos quienes conforman los órganos de recurso son los propios funcionarios del poder adjudicador, lo que hace cuestionarse la necesaria independencia exigible para estos organismos⁴.

Un ejemplo de ello es el Ayuntamiento de Granada⁵ del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, sobre cuyas atribuciones han sido manifestadas dudas en cuanto a la necesaria independencia del órgano y sobre las funciones del mismo. En particular, las atribuidas en los apartados d, e, f y g del artículo 1 de su Reglamento tienen una naturaleza claramente ajena al cometido de estos órganos. Estas se refieren a d) Elaboración y propuesta de modificación de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. e) Emisión de informes y asesoramiento en materia de contratación, cuando sea requerido para ello por los órganos competentes del Ayuntamiento de Granada y entes del sector público municipal, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. f) Formular propuesta de coordi-

4. Bajo el título «solapamientos» se publicaba un editorial del Diario de Sevilla sobre la multiplicación de Tribunales Administrativos de Recursos en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Lunes 30 de julio de 2012. «(...) Existe desde hace casi dos años un tribunal administrativo central que atiende en los casos nacionales y el sentido común aconsejaría que el tribunal andaluz atendiese todos los litigios que se plantearan en la contratación pública regional. De hecho ya ha atendido reclamaciones de contratos de la Administración autonómica y recursos presentados contra decisiones de comunidades de regantes, universidades, ayuntamientos o diputaciones. Pero la sensatez no se ha impuesto en este caso: grandes ayuntamientos como los de Sevilla, Granada o Marbella, y diputaciones como la granadina y la malagueña se han apresurado a crear sus propios organismos. En todos los casos se arguye que sin coste alguno, porque serán los propios funcionarios los que se ocupen de esta función. Aunque se tratase de funcionarios ociosos, tienen un coste laboral. Con sensatez, las universidades andaluzas van a convenir con el tribunal regional para que atienda sus reclamaciones, cosa que hasta ahora ha hecho en plazos muy cortos. Los grandes municipios y diputaciones que están creando órganos repetidos deben tomar ejemplo. La austeridad, eficiencia y celeridad están reñidas con el solapamiento. Estas duplicidades no son razonables.»
5. El pasado 9 de febrero de 2012 el Pleno del Ayuntamiento de Granada aprobó el Reglamento de Funcionamiento de su Tribunal y entró en vigor el próximo 2 de marzo (a los quince días de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada, que tuvo lugar el pasado 17 de febrero). Véase al respecto BERNAL BLAY, M. A., Tribunales de contratos y Administración local, en (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.45/releategoria.121/relemenu.3/chk.56e5ed9238314dc0fd79214020120606>).

nación en materia de contratación entre el Ayuntamiento de Granada y los entes del sector público municipal, dirigidos a la gestión de los recursos de forma eficiente. g) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

Por su parte, el Ayuntamiento de Sevilla por acuerdo del Pleno de fecha 25 de mayo de 2012 creó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, en la forma de órgano unipersonal⁶. Es el único órgano local que publica sus resoluciones⁷.

Igualmente, el Ayuntamiento de Marbella ha aprobado por Acuerdo de 28 de agosto de 2012, ha aprobado el reglamento de funcionamiento de su propio Tribunal⁸, con idénticas funciones que las del Ayuntamiento de Granada.

También las Diputaciones andaluzas han optado por crear sus propios tribunales, con base en el apartado 2 del artículo 10 del aludido Decreto 332/2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que atribuye la posibilidad de que el conocimiento y resolución de tales recursos corresponda a órganos especializados que puedan crear la Diputaciones Provinciales, en virtud de la competencia de asistencia material a los municipios que se atribuye a las provincias en el artículo 11.1c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. Con base en lo anterior, las Diputaciones de Granada y Málaga han creado sus tribunales.

Por Acuerdo de Pleno de la Diputación de Granada de 29 de marzo de 2012 se creó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada a fin de atender los recursos especiales dirigidos frente a las contrataciones de la Diputación de Granada, sus Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas que tengan la consideración de poderes adjudicadores, aquellas Entidades Locales de la provincia de Granada, y sus Organismos Públicos y demás entidades

6. Sus competencias y régimen de funcionamiento se atribuyeron por Resolución de Alcaldía nº 762 de 20 de junio de 2012. Este Tribunal es el único de los creados por entidades locales que publicita sus resoluciones en la web.

<http://www.sevilla.org/ayuntamiento/areas/area-de-hacienda-y-administracion-publica/servicio-de-contratacion/tribunal-de-recursos-contractuales-del-ayuntamiento-de-sevilla/resoluciones/resoluciones-tarcas-ano-2012>.

7. Este órgano emitió un total de 17 resoluciones el pasado año 2012.

8. El Boletín Oficial de la Provincia de Málaga nº 165 del 28 de agosto de 2012 publicaba el edicto 10859/2012, procedente del Ayuntamiento de Marbella que aprobaba definitivamente el Reglamento de funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Marbella.

dependientes que tengan la consideración de poderes adjudicadores, salvo que hayan creado su propio órgano especializado y a las universidades públicas y cualesquiera otras entidades de la provincia de Granada, que estén sujetas al régimen del recurso especial y de la cuestión de nulidad, y que conforme a las normas vigentes no hayan de someterse a la competencia de otro Tribunal, siempre que así lo formalicen mediante convenio administrativo⁹. La Diputación de Málaga, ha procedido a crear su propio Tribunal¹⁰.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2012

Antes de abordar el análisis de la doctrina de los órganos de recursos contractuales, procede realizar una serie de consideraciones generales sobre la actividad que dichos órganos han desarrollado en 2012.

Hasta la entrada en funcionamiento de estos órganos la normativa de contratos española venía siendo interpretada fundamentalmente por los juzgados y tribunales, además, de por la doctrina emanada de los órganos consultivos (juntas consultivas de contratación administrativa, Consejo de Estado y consejos consultivos autonómicos) y por la doctrina científica. El problema fundamental es que había que esperar mucho tiempo para conocer la forma de interpretar la normativa contractual emanada de los órganos jurisdiccionales sobre las normas, dada la carga que existe en éstos. Hasta el punto de que los pronunciamientos judiciales llegaban cuando la norma aplicable al caso ya no está vigente.

Ahora, con un recurso de las características del recurso especial, y eliminada, teóricamente, la falta de independencia de los órganos resolutores de recursos administrativos ordinarios existe un clima proclive al recurso especial. Recurso especial que se resuelve, no en meses –como los administrativos ordinarios– o en años –como los jurisdiccionales–,

9. El Reglamento de funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada ha sido aprobado en el año 2012 (aprobación inicial BOP Granada de 20 de diciembre de 2011; aprobación definitiva BOP Granada de 17 de febrero de 2012).

10. El Boletín Oficial de la Provincia de Málaga nº 165 de 28 de agosto de 2012 publicaba el Reglamento regulador de funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Málaga (aprobación inicial). Por Resolución de 25 de julio de 2012, de la Secretaría General Técnica, se publicó el Convenio de Colaboración entre la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Málaga sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

sino en el mejor de los casos en días. Hay una producción más prolija y actual sobre cuestiones relevantes.

A ello se adiciona el efecto suspensivo de la interposición del recurso especial frente a la adjudicación del contrato y la posibilidad de tutela adecuada de los licitadores recurrentes, y el escaso coste de los recursos especiales, para cuya interposición no es necesario abogado ni procurador, sino la mera puesta en conocimiento de los hechos en conocimiento de los órganos de recurso¹¹.

Y es que frente a la «abundancia contractual» que ha llegado hasta el pasado inmediato ahora reina la austeridad, las reducciones contractuales y las licitaciones han descendido vertiginosamente lo que ha hecho a los empresarios interesados eliminar sus temores a contradecir las actuaciones administrativas en esta materia. En definitiva, la litigiosidad genera transparencia y genera mejora en la gestión de las contrataciones públicas.

Debe destacarse desde estas líneas la importantísima labor didáctica desarrollada por los órganos de recurso especial a través de sus Acuerdos y Resoluciones. Ello sin perjuicio de que no todos los Tribunales hacen públicas sus resoluciones por el momento. Algunos de los que no publicitan sus actuaciones son el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma Vasca, o todos los órganos creados en las diferentes Diputaciones (Diputación de Álava, Vizcaya, Granada y Málaga) y Ayuntamientos (Granada y Marbella), a excepción del Ayuntamiento de Sevilla).

Al respecto es preciso invitar, en el marco de este trabajo y sin perjuicio de la labor realizada al respecto desde el Observatorio de Contratación Pública, a la necesidad de dar publicidad de las resoluciones. Es necesario el conocimiento público para lograr una finalidad importante implícita en el espíritu de estos recursos, que ya hemos comentado. Evitar la producción de malas prácticas en la contratación pública por parte de las diferentes administraciones por la vía del «aprendizaje» de los defectos alegados en las resoluciones. Difícilmente puede corregirse aquello sobre lo que no se tiene conocimiento generalizado. La cuestión es tan sencilla como que los poderes adjudicadores que conocen una resolución de un Tribunal –propia o ajena– van a modificar (o deben

11. Las tasas del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Málaga es de 600 euros por recurso; 300 euros por recurso para los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes y son gratuitas para los de menos de 5.000 en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el de la Comunidad de Madrid.

modificar, sin excusa) su conducta en función de la doctrina que de tal resolución se desprenda y van a mejorar, en definitiva, su forma de contratar.

Ello es aún más relevante si tenemos presente que todos los tribunales cuyas resoluciones son publicitadas basan sus resoluciones en la legislación sobre contratación pública interpretada sobre el fundamento de los principios generales de la contratación pública y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máximo intérprete de éstos. Al respecto de esta cuestión poco ayuda según mi parecer la disgregación doctrinal o el solapamiento en un mismo ámbito territorial, debiendo tenderse a aumentar los medios para hacer más eficiente el trabajo de los tribunales autonómicos frente a la creación de tribunales por las Diputaciones o Ayuntamientos. La interpretación de estos principios por los órganos de recursos hace merecedor del calificativo de «protector de la aplicación de los principios generales de la contratación pública», o mejor dicho, de los intentos de huída de ellos de los poderes adjudicadores.

Es obvio además, que en la mayoría absoluta de los casos, los órganos de contratación no actúan negligentemente a sabiendas de ello, sino que por el contrario, la complejidad de la normativa de contratación pública para las entidades que deben aplicarla, la necesidad de interpretación de ésta norma, la diversidad en la formación en materia de contratación en muchas entidades hace necesario conocer el criterio del órgano de recurso especial que va a resolver los recursos.

En definitiva, la valoración general de la actuación de los órganos de recurso, en el año 2012, continua siendo muy positiva, como ya señalábamos en el Observatorio de Recursos del año 2011, el cuerpo doctrinal continúa creciendo dado el aumento exponencial de la litigiosidad. A ello se une la voluntad generalizada de coordinación entre los distintos tribunales de recurso. Especial énfasis puso en ello la Presidenta del Tribunal de Contratación Pública de Madrid que organizó un encuentro de coordinación entre los órganos de recurso especial el 17 de diciembre de 2012, y el propio Observatorio de Contratación Pública que junto con la Universidad de Castilla-La Mancha organizó en Cuenca, el Congreso «Nuevos retos de la contratación pública» que se celebró con gran afluencia los pasados 31 de enero y 1 de febrero de 2013, y en cuyo foro se enmarcó un encuentro público de éstos tribunales.

El valor de la doctrina, como ahora veremos, sigue enriqueciéndose resolución tras resolución con las centenas de resoluciones. Pese al volumen de resoluciones los plazos de resolución son más que razonables.

De todo lo anterior, no es de extrañar que alguna norma haya configurado las resoluciones de los órganos de recurso como parámetro de actuación de los órganos de contratación, al mismo nivel que la jurisprudencia¹².

III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2012

Entendemos conveniente incluir también en este estudio un pequeño análisis estadístico de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de recurso durante 2012¹³. El análisis estadístico se proyecta sobre las 684 Resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León¹⁴.

12. En este sentido, el art. 3.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón señala que «Las entidades sometidas a esta Ley otorgarán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, respetando la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón».
13. Las Estadísticas oficiales pueden consultarse en las Memorias de actividad que han publicado algunos órganos de recurso: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Memoria.aspx>, Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Publicaciones_FA&cid=1354181642059&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142625383087&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444699&sm=1109266101003 y Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/tribunal_adm/MEMORIA_TARCJA_2012_enviada_a_publicar.pdf.
En cuanto a las actuaciones facilitadas por el órgano administrativo de recursos contractuales del País Vasco facilitados por dicho órgano para este trabajo puede resumirse: N° de expedientes 102, N° de recursos: 120, Asuntos resueltos en 2012: 104 resoluciones correspondientes a 105 recursos. El 37% de Ayuntamientos, el 30% de Otras Administraciones Públicas, el 27% de los recursos provinieron de los Departamentos del Gobierno Vasco, y el 6% de Sociedades Anónimas Públicas. Por tipo de contrato el 78% de contratos de servicios, el 19% de contratos de suministro, y el 3% de contratos de obra. Por acto recurrido el 52% fueron adjudicaciones de contratos, el 28% exclusiones de la Mesa de Contratación y el 20% recursos frente a la licitación o sus pliegos. En cuanto al sentido de las 89 resoluciones el 45% fueron desestimatorias, el 29% estimaciones totales o parciales, el 10% inadmisiones por actos no recurribles y el 8% inadmisiones por recurso extemporáneo.
14. Al igual que ya ocurría en la anterior edición del Observatorio de Recursos, 2011, no se incluye la estadística relativa a la actividad del órgano de recursos del País

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC)

Durante el año 2012 se interpusieron ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales 348 recursos, de los que 21 corresponden a reclamaciones de las previstas en los arts. 101 y siguientes de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

El Tribunal dictó 312 reclamaciones que resolvieron 339 recursos. Existió una cuestión de nulidad. Respecto de las actuaciones en el año de 2012 sorprende la reducción del número de inadmisiones, 56 en 2013 frente a las 109 del 2011. Las resoluciones estimatorias fueron 97 frente a las 146 desestimatorias.

En porcentajes, las estimaciones fueron del 31%; las desestimaciones el 46,7% y las inadmisiones el 17,94%.

2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (TACPA)

En el año 2012 el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón dictó 59 acuerdos correspondientes a 79 recursos.

En cuanto a la tipología de contrato impugnada 2 se relacionaban con contratos de obras (2,53%), 1 con una concesión de obras públicas (1,27%), 2 con una concesión de gestión de servicios públicos (2,53%), 45 con contratos de suministro (56,96%), 27 con contratos de servicios (34,18%), 2 con otros tipos de contratos (2,53%). Respecto al acto impugnado, 9 impugnaban los pliegos de condiciones (11,39%), 39 actos de trámite (49,37%), 18 la adjudicación del contrato (35,44%), 1 (1,27%) la modificación del contrato, 1 una cuestión incidental (1,27%), y otro un recurso extraordinario de revisión frente a un acuerdo del propio Tribunal (1,27%). Respecto del órgano de contratación autor del acto impug-

Vasco, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, ni el resto de Diputaciones (Alava, Vizcaya, Granada o Málaga) o Ayuntamientos (Granada, Marbella) ni el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales que no publicitaron sus actuaciones en 2012. Tampoco otros organismos que si bien fueron creados el pasado año no han sido puestos en funcionamiento (Baleares). Tampoco se recogen, salvo excepciones, las de la Junta de Contratación Pública de Navarra, que sí se publicitan en el Monitor del Observatorio de Recursos contractuales por su valor doctrinal, pero no se recogen por no estar aún al tiempo de suscripción de este trabajo constituido el órgano de recursos asimilable a los órganos de recurso especial. En cuanto al Ayuntamiento de Sevilla que sí publicita sus actuaciones no se considera oportuno, si bien podrían incluirse en un trabajo más amplio.

nado, 29 de los Departamentos del Gobierno de Aragón (36,71%), del Sector Salud 13 (16,46%), de Ayuntamientos 16 (20,25%), de Diputaciones provinciales 2 (2,53%), de Comarcas 1 (1,27%), Consorcios 3 (3,80%), Universidad 4 (5,06%) y otros poderes adjudicadores 11 (13,92%).

En cuanto al resultado de esos acuerdos, 2 acuerdan tener por desistido al recurrente (2,53%), y 13 acuerdan la inadmisión del recurso (16,46%). De los 64 recursos restantes, 33 desestiman los recursos (41,77%) y 31 estiman, total o parcialmente, las pretensiones de los recurrentes (39,24%). Es relevante que solo 4 fueron interpuestos 4 recursos contenciosos ante las resoluciones del Tribunal, resultando que el 94,94% de los recursos se sustanciaron sólo ante este órgano de recurso especial.

3. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (TCPCM)¹⁵

El examen de la actividad del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid arroja, en el año 2012, los siguientes resultados:

Durante el año 2012 tuvieron entrada para su conocimiento por el Tribunal 166 recursos, lo que supone un incremento de 51 recursos respecto del año anterior. Habiéndose dictado 158 resoluciones. En cuanto a la procedencia, 57 proceden de municipios, 49 de hospitales, 31 de Consejerías, 2 de universidades, 18 de otros poderes adjudicadores. Respecto del tipo de contrato 4 de obras, 83 de servicios, 58 de suministro, 12 de gestión de servicio público, 1 de concesión de obra pública. En cuanto al resultado de las Resoluciones, 6 de ellas concluyen acordando tener al recurrente por desistido en su recurso; 43 inadmiten, por diversos motivos, los recursos presentados; 59 son Resoluciones desestimatorias frente a 23 estimatorias y 17 estimatorias parciales y 10 se relacionan con la finalización del procedimiento y el archivo de actuaciones¹⁶. En cuanto al acto impugnado, 46 impugnaban los pliegos de condiciones, 61 la adjudicación, 49 los informes de valoración y exclusión y 1 la declaración de desierto de un procedimiento de contratación.

15. Además de la memoria de actuaciones, en la propia web del Tribunal se puede encontrar un resumen de su actividad durante 2012 que informa sobre recursos por entidad recurrida, recursos por tipo de contrato, sentido de las resoluciones, recursos por tipo de acto impugnado. Así como un estudio de las resoluciones dictadas enfatizando en los criterios sentados por el mismo.

16. Incluimos algunas apreciaciones sobre los recursos presentados, extraídas de la memoria de actividades 2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid:

El plazo medio que el Tribunal ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es de 15 días naturales, rebajando en 3 días la media del año 2011¹⁷.

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (TARCA)¹⁸

En el año 2012 han tenido entrada en el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 144 recursos y a su vez el número de resoluciones publicadas ha sido de 124. A ello hay que añadir 42 resoluciones sobre medidas cautelares de las cuales un 67% fueron estimadas. De las resoluciones el 31% han sido desestimaciones, el 19% estimaciones y el 45% inadmisiones. Si bien sin computar las inadmitidas el porcentaje de estimación es del 37% frente a un 63% de desestimaciones. Según el acto impugnado el 47% fueron recursos frente a adjudicaciones, el 31% frente a exclusiones y el 20% frente al anuncio de licitación y los condicionados. Las resoluciones relacionadas con contratos de obras fueron 12, esto es, el 10%, servicios, 66, el 52%, suministros 43, el 35%, Acuerdos Marco, 4 y Contratos de Colaboración Público Privada 2.

5. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN (TARCYL)¹⁹

Desde el 28 de marzo de 2012 en que se constituyó hasta el 31 de diciembre de 2012 se dictaron 31 Resoluciones, correspondientes a otros tantos recursos interpuestos. A 31 de diciembre de 2012 se encontraban pendientes de tramitación 3 recursos interpuestos antes de esa fecha, cuya resolución ha tenido lugar ya en 2013.

Según el sentido de la resolución: 8 resoluciones estimatorias; 17 desestimatorias; 1 estimatoria parcial y 5 inadmisiones. No se ha producido ningún desistimiento del recurrente. Atendiendo al tipo de contrato: 14 contratos de suministro; 15 contratos de servicios, 1 contrato de concesión de obra pública; 1 contrato administrativo especial. En cuanto al acto impugnado: 7 recursos contra el anuncio de licitación y

17. El 20,6% fueron resueltos en 7 días o menos, de 8 a 20 días el 59,4% y más de 20 días el 20%.

18. La Memoria publicada de este Tribunal relata con carácter exhaustivo el sentido de sus resoluciones y los asuntos que han servido para sentar criterios de actuación del mismo.

19. Datos facilitados por el Tribunal para este trabajo.

los pliegos; 6 contra la clasificación de las ofertas por la Mesa de contratación; 6 contra acuerdo de exclusión de la oferta por la Mesa de contratación; 11 contra el acto de adjudicación; 1 contra el acto administrativo de desistimiento del procedimiento. En cuanto a la Administración autora del acto impugnado: 15 contra actos de la Administración Autonómica (General y Organismos Autónomos); 14 contra actos de la Administración Local (11 Ayuntamientos y 3 Diputaciones) y 2 contra actos de las Universidades.

IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO

La especialidad de las normas reguladoras del procedimiento de recurso y las diferencias que algunas cuestiones particulares presentan frente a las normas generales que rigen los procedimientos administrativos, así como el gran número de inadmisiones producidas por aspectos procesales o de forma justifican detenerse en estos aspectos, con carácter previo al estudio del fondo de las resoluciones dictadas.

1. LA CALIFICACIÓN DEL ESCRITO DE RECURSO

Una primera cuestión a dilucidar por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación es la calificación de los escritos presentados por los recurrentes.

Han sido varias las resoluciones dictadas pese a que el recurrente no haberse calificado por el recurrente su reclamación como recurso especial en materia de contratación. Ejemplo de ello es el Acuerdo 1/2012, de 4 enero de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón quien pese a calificar el recurrente de «reclamación» su escrito de recurso entendió que dado que se ponían de manifiesto irregularidades en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que han de regir un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, documentos que son recurribles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 TRLCSP. Al efecto aplicaba lo previsto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), conforme al cual: «(...) 2. *El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*».

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 303/2012 de 21 de diciem-

bre de 2012. El recurrente interpuso un recurso que denominó «recurso de alzada» y lo dirigió al órgano de contratación, arrojando para el Tribunal la competencia de lo que en realidad era un recurso especial.

2. CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

2.1. Cuestiones generales

El artículo 40.1 TRLCSP (antes 310.1 LCSP) determina como contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación a) los contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada; b) los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros²⁰; c) los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años; y d) los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, siempre que se trate de contratos concertados por entidades que ostenten la condición de poder adjudicador.

Se han dado supuestos que objetivamente podrían incardinarse como recurribles pero sin embargo en vista de que el contratante no es un ente del sector público con naturaleza de Administración o de poder adjudicador, según el precepto aludido, el recurso resulta inadmitido. Un ejemplo de ello es la Resolución 72/2012 de 11 de julio de 2012 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que conocía de un recurso frente a una contratación de IFEMA²¹.

Muchas han sido las resoluciones acordando la inadmisión por recurrirse contratos que no reunían los aludidos caracteres. Ejemplo de ello es la Resolución 231/2012 del Tribunal Administrativo Central de

20. A partir del 1 de enero de 2012 el umbral se sitúa en 200.000 euros por la entrada en vigor del Reglamento (UE) número 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (adaptación del TRLCSP por Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012).

21. IFEMA es un consorcio creado en el año 1980 y participado por la Comunidad de Madrid (31%), el Ayuntamiento de Madrid (31%), la Cámara de Comercio de Madrid (31%) y Caja Madrid (7%).

Recursos Contractuales de 24 de octubre de 2012, la Resolución 157/2012 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid o la Resolución 115/2012 de 16 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía donde el recurso iba dirigido hacia contratos de gestión de servicios públicos cuyos gastos de primer establecimiento eran inferiores a 500.000 euros. No obstante, al respecto téngase en cuenta la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 44/2012 de 9 de octubre de 2012 que realiza una completa delimitación del concepto de gastos de primer establecimiento. Igualmente la Resolución 86/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía inadmite un recurso especial por relacionarse con un contrato de gestión de servicios públicos de duración inferior a 5 años.

Sí son recurribles los contratos basados formalizados en un acuerdo marco sujetos a regulación armonizada, como puso de manifiesto el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 117/2012 de 31 de octubre de 2012. De ella se desprende que la posibilidad de celebrar contratos derivados del Acuerdo Marco que prevé el artículo 198.4 del TRLCSP no es incompatible con que los mismos puedan ser objeto de recurso especial, siempre que éste se interponga antes de que transcurra el plazo de quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos señalado en el artículo 156.3 TRLCSP. Lo particular, del caso analizado es que el recurso se plantea contra contrato derivados ya formalizados por la vía de la cuestión de nulidad. Recuérdese que para esta clase de contratos el artículo 198.5 permite que el contrato pueda formalizarse sin que exista un plazo de espera como ocurre con carácter general por orden del artículo 156.3 del TRLCSP. Véase en el mismo sentido la Resolución 117/2012 de 31 de octubre de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

2.2. Contratos de naturaleza privada

Los contratos de naturaleza privada no son susceptibles de recurso especial. El problema que se ha planteado reside en la indebida calificación de diversos contratos como privados. Un ejemplo de ello es el Acuerdo 51/2012, de 27 de noviembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Que califica un contrato de «Prestación del servicio de mediación y asesoramiento profesional en los contratos de seguros que concierne el Ayuntamiento de Huesca y sus Orga-

nismos Autónomos» no como un contrato privados sino como un contrato de servicios de la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP («servicios de corretaje y de agencias de seguros» y los «servicios de corretaje de seguros» a que hace referencia el Reglamento 213/2008, de 28 de noviembre de 2007, por el cual se aprueba el CPV que se correspondería con los servicios de mediación de seguros del aludido Anexo) y por lo tanto, admite frente a él la interposición del recurso especial. Ello con apoyo, entre otros fundamentos, en el Informe 14/2009, de 30 de septiembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

Muy a pesar de la naturaleza privada, si se trata de contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 sí son susceptibles de recurso especial. Dicho precepto considera contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 % de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes: a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 4.845.000 euros. b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros. La Resolución 91/2012 de 27 de septiembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución admitió a trámite un recurso en que el poder adjudicador era una comunidad de regantes (una corporación de derecho público adscrita a un organismo de Cuenca, conforme el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Aguas). El contrato afectado era un contrato de obras del grupo 45.2 de la NACE de más de 21 millones de euros y subvencionado en un 90% por la Consejería de Agua y Pesca de la Comunidad.

2.3. Competencia de los tribunales de recurso tribunal aunque el contrato se ejecute en el extranjero

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 113/2012 de 16 de mayo de 2012 se relacionaba con la contratación de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA SA

(TRAGSA) para la adjudicación del contrato de «Suministro e instalación del equipamiento para la Escuela de Hostelería (GHS) de Kannifing (Gambia)».

Dicho Tribunal considero que aunque TRAGSA y las empresas filiales de la misma, de conformidad con la Disposición Adicional 25ª del TRLCSP tienen la consideración de poderes adjudicadores, «en los contratos que formalizan y ejecutan en el extranjero», el régimen jurídico especial que se aplica es el que se contiene en la Disposición Adicional 1ª del TRLCSP Decreto Legislativo 3/2012, de 14 de noviembre». Esta circunstancia, a juicio del órgano de contratación, implica que los contratos amparados por la Disposición Adicional citada no tengan la consideración de contratos de regulación armonizada y, consecuentemente, no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación. De ser así efectivamente este Tribunal carecería de competencia para conocer de los recursos interpuestos contra los actos del procedimiento de adjudicación del contrato a que se refiere el presente recurso. Sin embargo, el Tribunal entiende que esta alegación no puede prosperar en los términos en que ha sido planteada pues se fundamenta en un presupuesto fáctico que no concurre porque el proceso de adjudicación se celebró íntegramente en España, pese a que el acto solemne de formalización se realizó en el extranjero.

«En efecto, de conformidad con la citada Disposición Adicional, se registrarán por sus disposiciones "los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero...". Es precisa, por tanto, la concurrencia de dos requisitos para que las normas de la misma resulten de aplicación y, como consecuencia de ello, se vean privados de su condición de contratos sujetos a regulación armonizada: en primer lugar, que se formalicen en el extranjero y en segundo que se ejecuten asimismo en país extranjero.

(..) Debemos aclarar que cuando la Disposición Adicional se refiere a la formalización de los contratos es razonable pensar que está utilizando este término tal como lo hace el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es decir como el acto por el que se suscribe el documento contractual correspondiente. En tal supuesto, debe entenderse que nada hay en la documentación remitida a este Tribunal para resolver el presente recurso, que induzca a pensar que tal formalización vaya a efectuarse en territorio de Gambia y no en territorio español. Cabría, sin embargo, entender que el término "formalización" no está empleado en el sentido estricto a que acabamos de referirnos en el apartado anterior. En efecto, expresiones tales como "... Estado en que se celebre el contrato..." o "... Estado en que se efectúa la contratación..." podrían sugerir que la norma comentada más que a la formalización strictu sensu se está refiriendo a todo el proceso adjudicador del contrato, lo que implicaría que la licitación del mismo se efectúe toda o parte sustancial de ella en país extranjero.

En tal caso, aún más claramente deberíamos rechazar la aplicación de la Disposición Adicional Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, toda vez que el mencionado procedimiento se lleva a cabo en su integridad dentro del territorio nacional español».

2.4. Contratos no susceptibles de recurso

2.4.1. Concesiones de dominio público

La resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 76/2012 de 28 de marzo de 2012 enjuicia un recurso relacionado con una licitación para la gestión mediante concesión administrativa de determinadas zonas de dominio público portuario y la incorporación a la superficie de explotación otorgada en concesión de una serie de infraestructuras, superestructuras, espacios e instalaciones. Sobre la base de que el objeto de la concesión está constituido por una superficie de agua y por un terreno que cuenta con una serie de instalaciones todas ellas integradas en el dominio marítimo portuario de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante en relación el artículo 4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas asevera que no se trata de un contrato de gestión de servicios públicos sino de una concesión de dominio público.

«... la existencia de un servicio público de carácter predominante, siendo obvio que lo que se cede no es tanto la posibilidad de prestar un servicio público, cuanto la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como demanio natural. Ello no resulta desvirtuado por el hecho de que el concesionario deba facilitar a los usuarios el suministro de agua y electricidad para las embarcaciones amarradas pues ello no supone sino una característica de la propia instalación que debe contar con los puntos de conexión correspondientes pero sin que el suministro de una u otra constituya propiamente un servicio prestado por el concesionario.

Tampoco constituye una contradicción con la naturaleza demanial de la concesión que analizamos el hecho de que se prevea la posibilidad de realizar obras de acondicionamiento, mejora o ampliación de las instalaciones existentes, pues evidentemente éstas carecen de la entidad necesaria como para desvirtuar el carácter de la misma y convertirla en una concesión de obras.

(...) Si atendemos a la regulación de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, no ofrece duda que la concesión que analizamos debe ser calificada como de carácter demanial. En efecto, dicha Ley distingue entre concesiones demaniales y de obras, pero no regula, en relación con la explotación de los terrenos la figura de la concesión de servicios. Puesto que no se trata de una concesión de obras, según acabamos de ver, es obvio que la voluntad del legislador ha sido la

de calificarla como concesión de dominio público, lo cual, por otra parte, es de toda lógica puesto que el objeto primordial de la explotación es un bien de dominio público».

2.4.2. *Contratos que no superan los umbrales establecidos para que pueda plantearse recurso especial*

Han declarado la inadmisión del recurso por no cumplir este requisito cuantitativo, entre otros, los Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 9/2012, 10/2012. Otro ejemplo es la Resolución 306/2012, de 21 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que inadmitía un recurso especial interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de servicios no sometido a regulación armonizada y ello a pesar de que Como se recoge en el antecedente segundo, en la Resolución de adjudicación se indicaba que la misma era susceptible de recurso especial, aunque la notificación de «no adjudicación», especificaba el de alzada como vía de recurso.

Igualmente, puede citarse la Resolución 69/2012, de 27 de junio de 2012, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o 124/2012, 125/2012, de 30 de mayo de 2012, o 128/2012, de 6 de junio de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común según cual «*el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*», declarada la inadmisión del recurso lo que procede es remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2.4.3. *Contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP*

Por Acuerdo 13/2012, de 10 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se inadmitió el recurso contra la adjudicación del aprovechamiento de pastos de diversos montes bajo el pretexto de que el aprovechamiento de pastos constituye un claro ejemplo de contrato patrimonial de aprovechamiento especial de un bien de dominio público.

La Resolución 17/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos

Contractuales de la Junta de Andalucía²² inadmitió el recurso dirigido contra la resolución por la que se anunciaba la convocatoria para la selección de medicamentos. Ello sobre la base en el Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, y en el Decreto-ley que contemplaba expresamente la existencia de convenios entre empresas proveedoras de productos sanitarios y el Servicio Andaluz de Salud o entre laboratorios farmacéuticos y el aludido servicio.

«... la especialidad del recurso en materia de contratación, cuyo objeto queda claramente delimitado en el artículo 40 del TRLCSP, no permite que el mismo pueda hacerse extensivo a otro tipo de actos que, como en el supuesto analizado, ni son preparatorios, ni se encuadran en un procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto al TRLCSP. En definitiva, la competencia de este Tribunal, a través del recurso especial, no puede extenderse a enjuiciar más que determinados actos producidos en el curso de la licitación de uno de los contratos en que aquél está previsto, y ello no acontece en el supuesto examinado donde el procedimiento de selección de los medicamentos a que se refiere el artículo 60 bis de la Ley de Farmacia de Andalucía culmina con la suscripción del convenio a que se refiere el artículo 60 quater, como negocio excluido del ámbito de la legislación de contratos del sector público».

2.4.4. Contratos administrativos especiales

El hecho de que se califique un contrato como especial hace inviable un recurso especial frente a los actos propios del procedimiento de contratación. Un ejemplo de ello lo vemos en la Resolución 17/2012, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. El Tribunal basándose en la calificación como especial realizada por el órgano de contratación inadmite el contrato.

«... las alegaciones de la empresa recurrente sobre la clasificación correcta de dicho contrato –que considera de servicios– con objeto de justificar la admisibilidad del recurso especial, deben desecharse si se tienen en cuenta las peculiaridades de las actividades a realizar, que no se prestan a la Administración sino, en general, a los alumnos (vecinos de Valladolid que lo soliciten y sean admitidos).

Por otro lado la empresa recurrente, si consideraba que el presente contrato estaba incorrectamente calificado como recurso administrativo especial, debió impugnarlo en su momento oportuno. La legitimación para impugnar el objeto del contrato o los pliegos de cláusulas administrativas está ligada a la teoría del acto consentido. De forma que cuando se participa en una licitación y se presenta una oferta sin impugnar previamente las bases, se aceptan implícitamente las

22. En el mismo sentido y con el mismo objeto se pronunciaron las Resoluciones 18 a 22 del mismo Tribunal.

condiciones de la licitación y no es posible impugnar posteriormente su resultado, pues ello constituiría una infracción del principio que prohíbe ir en contra los actos propios».

3. ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

3.1. Actos no recurribles

Por cuanto respecta a los actos susceptibles de ser recurridos que enumera ahora el art. 40.2 TRLCSP (anteriormente el art. 310.2 LCSP, tras su modificación por la Ley 34/2010), las mayores dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurso de los actos de trámite. Según el art. 40.2 TRLCSP, únicamente son recurribles este tipo de actos *cuando «... decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos»*, y en cualquier caso, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

El Tribunal Administrativo de Contractuales Públicos de Aragón, ha manifestado en sus acuerdos 30/2012, de 2 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que la asignación y comunicación de las puntuaciones otorgadas en los criterios sujetos a evaluación previa de las propuestas, la calificación de que determinadas propuestas incluyen un valor anormal o desproporcionado, y el ulterior requerimiento de justificación sobre la viabilidad de las mismas, no tienen la consideración de «actos de trámite», en los términos señalados en el apartado b) del artículo 40 TRLCSP. El Tribunal enunciaba con claro afán didáctico que:

«... en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo, y para llegar ésta se han de seguir una serie de fases, con actos y con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que el TRLCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial –en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos– por un principio de concentración procedimental. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en diversas resoluciones,

entre otras en la número 59, de 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso número 32 de 2011, en la que se pone de manifiesto, lo siguiente: «Una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles».

Tampoco es recurrible el acto de admisión de la oferta de otro licitador según la Resolución 23/2012 de 16 de marzo de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía quien con apoyo en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 215/2011, 32/2012 y 332/2011:

«la aceptación de una proposición no decide, directa ni indirectamente, la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación. Es decir, la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación y además, en caso de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión».

Véanse también en este sentido las resoluciones 66/2012 de 27 de junio de 2012 que aborda un supuesto similar, o la Resolución 73/2012 de 11 de julio de 2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en que se recurría el informe de valoración de ofertas en que se admite a un licitador.

Tampoco lo serían los actos de solicitud de informes, según la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 114/2012 de 16 de mayo de 2012. En ella se enjuiciaba un recurso frente al acto por el que se decidió encargar a un laboratorio independiente, un estudio técnico comparativo sobre la veracidad de los valores nutricionales que constan en las fichas presentadas por las empresas en relación con los productos que componen las raciones alimenticias presentadas y con lo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Las cuestiones que se susciten en fase de ejecución del contrato, no son recurribles para la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra que en su Resolución 10/2012 de 4 de mayo que defendía la necesidad de resolución culpable de un contrato porque el contratista no estaba prestando el servicio el número de horas a que se comprometió en la oferta y por lo que resultó adjudicatario. Puede verse igualmente la Resolución 123/2012 de 26 de septiembre de 2012

del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Esta última resolución se dirigía frente a los actos de ejecución de un contrato de servicios no sometido a regulación armonizada y una modificación del contrato.

«... el recurso se interpone contra un acto adoptado en ejecución de un contrato y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ostenta la competencia para resolver los recursos y cuestiones de nulidad que se planteen por infracciones de las normas de esta Ley y, en relación con los actos susceptibles de recurso especial, son los relacionados en el artículo 40.2 del TRLCSP que se contraen a la fase de licitación hasta la adjudicación del contrato sin que la competencia de este Tribunal alcance a los actos correspondientes a la fase de ejecución del contrato.

En este caso el recurso ha sido interpuesto una vez realizada la formalización e iniciada la ejecución del contrato por lo que en consecuencia con lo anterior el Tribunal no sería tampoco competente para resolver por esta causa sin que proceda por todo ello entrar al análisis de las demás cuestiones que se plantean en el recurso».

En cuanto a la posibilidad de impugnar de forma sucesiva la valoración y la exclusión de los contratos y el efecto de la cosa juzgada se ha pronunciado la Resolución 53/2012, de 30 de mayo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Ello se relaciona con el hecho de que ni el TRLCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, en los términos del artículo 151.4, del TRLCSP que impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión, el régimen de recursos y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo del plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación. La interpretación sistemática de los artículos 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 obliga a concluir que se han establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse en el plazo de

quince días contados a partir del día siguiente a aquel en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión y contra el acto de adjudicación que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 44.2 TRLCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario y así si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

Sobre la posibilidad de impugnación de forma sucesiva de la valoración de la oferta y la adjudicación del contrato, el Tribunal comparte las conclusiones de la Circular 3/2010 de la Abogacía General del Estado que, en cuanto a esta posibilidad, considera que si consta notificación formal del acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, el licitador excluido no podrá interponer recurso especial respecto de la adjudicación. De manera que no cabe la interposición del recurso especial contra este segundo acto al haber sido interpuesto contra el primero. Además debe tenerse en cuenta que en el caso de que el primer recurso fuera resuelto se produciría el efecto de cosa juzgada, de aplicación al ámbito administrativo y que impediría entrar a conocer del fondo del asunto.

«La rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido, en la práctica, dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de los licitadores acordados por las Mesas de Contratación: el recurso especial en contra el acto de trámite cualificado (artículo 310.2.b) que implica la exclusión acordada por la Mesa, (...) y el recurso especial contra el acto de adjudicación del contrato (...). Estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario».

3.2. Actos recurribles

Por cuanto se refiere a los actos que sí pueden ser impugnados por la vía del recurso especial en materia de contratación, algunas dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurrir los «actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos...», y en concreto, a la hora de terminar el alcance de dicho concepto.

Cabe citar la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos

Contractuales de la Junta de Andalucía 17/2012 de 8 de marzo de 2012 que inadmitía el recurso frente a un proceso de selección de medicamentos regido por la Ley de Farmacia de Andalucía que culminaba con la suscripción del convenio, negocio excluido del ámbito de la legislación de contratos del sector público.

3.3. El alcance del principio de congruencia del licitador

Se ha planteado el alcance del principio de congruencia entre recurrir pliegos y licitar. Así se puso de manifiesto, entre otras, en la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 158/2012 de 30 de julio de 2012.

En el supuesto enjuiciado, se alega por el órgano de contratación la necesidad de inadmitir el recurso de una empresa que ha presentado oferta en la licitación cuyas bases impugna. El órgano de contratación alegaba que tal actuación contraria al principio de congruencia, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público cuyo tenor es el siguiente:

«Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna».

Al respecto el Tribunal pone en cuestión este alegato en relación con la necesaria protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución Española que se restringe de aplicar el precepto en su término literal.

«En efecto, cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aun cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado, o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquellos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley.

En realidad, la norma del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público antes transcrita produce su efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el recurso. Nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato.

En consecuencia, debemos declarar que no procede la inadmisión del recurso por este motivo (...).».

4. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

El art. 42 TRLCSP (antes 312 LCSP) reconoce legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». En todo caso se consideran legitimados los licitadores.

El criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio.

No obstante, esta legitimación debe matizarse en el sentido de que el interés legítimo debe ser un interés en sentido propio, cualificado o específico (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000) debiendo existir una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión. De modo que la anulación del acto recurrido produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990). Presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997).

Ello ha llevado a la inadmisión de varios recursos especiales. Sirvan de ejemplo la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 57/2012 de 22 de febrero de 2012, que apoyada en la doctrina aludida inadmitía el recurso de una UTE que presentó un recurso frente a la adjudicación de un contrato habiendo participado en la licitación. La cuestión es que de prosperar su recurso lo único que conseguiría es que su oferta pasaría a ser la tercera o segunda mejor valorada, sin que, por tanto, pudiera ser en ningún caso adjudicataria del contrato. En el mismo sentido puede verse la Resolución 107/2012 de 11 de mayo de 2012 del mismo Tribunal.

4.1. Personas jurídicas

En el caso de las personas jurídicas que pretenden interponer un recurso especial en materia de contratación, a la hora de comprobar su legitimación activa para recurrir, los órganos competentes para la resolución del recurso deben comprobar que el interés que manifiestan en el recurso responde al ejercicio de funciones propias relacionadas con el objeto del recurso.

4.1.1. *La necesidad de participar en la licitación o tener aptitud para ello como requisito de legitimación*

No se consideró tampoco legitimada la mercantil que impugnó varios lotes de una licitación a los que no licitaba ni podía licitar por carecer de la solvencia técnica mínima exigida para ello. Al respecto la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 129/2012 de 6 de junio de 2012.

«En este sentido, es patente que la recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno con la estimación de su recurso más allá de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle el que tampoco resulte adjudicataria otra empresa licitadora, ambos insuficientes a los efectos de su legitimación, asumido que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública».

La Resolución 6/2012 de la Junta de Contratación Pública de Navarra inadmitió el recurso frente a la adjudicación de un contrato de una empresa que no participó en el procedimiento ni recurrió la licitación. Se apoyaba dicha conclusión en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2003, Hackermuller, C 249/01.

«Los Estados miembros no están obligados a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que pueden exigir que la persona interesada se hay visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega. En este sentido, como ha señalado la Comisión, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no han presentado oferta dichas personas difícilmente pueden demostrar que tienen interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación».

La Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 84/2012, de 1 de agosto de 2012, inadmitía el recurso

de una empresa sin capacidad para ser licitadora y que no impugnó las condiciones que le impedían concurrir a la licitación. En el mismo sentido ver la Resolución 20/2012, de 16 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

4.1.2. *La legitimación de los grupos políticos*

Se ha planteado la posibilidad de reconocimiento de legitimación para recurrir a un grupo político. En su Resolución nº 2/2012, de 18 de enero, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid afirma al respecto que la postura más aceptada por la jurisprudencia es que la legitimación para impugnar en la vía judicial la tienen los concejales a título individual y no el Grupo al que pertenecen, en razón a que dichos grupos ostentan personalidad jurídica en la actividad *interna corporis* de la Entidad Local pero no para una actividad externa como la procesal.

Igualmente consideran que el artículo 42 del TRLCSP permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, pero que en la acción ejercitada debe estar presente tal interés y que el mismo debe responder en el caso de las personas jurídicas al ejercicio de funciones propias relacionadas con el objeto del recurso, sin que sea admisible el ejercicio de una acción pública en materia de contratación administrativa a la luz del TRLCSP. En el caso concreto, verificaba el Tribunal que más allá de la defensa genérica de la legalidad, parece que el interés que preside el recurso interpuesto es el de la defensa del interés de la propia Corporación Municipal, en tanto en cuanto en el recurso se aduce que el alegado error en la valoración supone que el Consistorio debe afrontar un coste injustificado de al menos 3.541.104,90 euros.

Desde la óptica del respeto del *principio favor acti*, este Tribunal considera que el Grupo recurrente está legitimado,

«A la vista de la oferta efectuada por la adjudicataria y del informe de valoración efectuado, resulta que tal y como se establece en el PPT las mejoras susceptibles de juicio de valor deben venir referidas a aspectos directamente relacionados con el contrato, de forma que en principio una mejora relativa a una de las obligaciones establecidas en el PPT atinentes al servicio de recogida de residuos, sería admisible y valorable siempre que obviamente su contenido no fuera el propio de la obligación que constituye, entre otras, el objeto del contrato. (...)

La oferta de la adjudicataria excede o mejora el servicio de recogida puerta a puerta en dos aspectos, de un lado su ampliación a otros residuos distintos del papel-cartón y de otro la ampliación del ámbito de actuación del servicio de reco-

gida obligatorio, aspecto asimismo valorable como un plus, por encima de la prestación que constituye el objeto del contrato».

4.1.3. *Las Asociaciones, sindicatos o agrupaciones profesionales*

Un caso particular es el de la legitimación de las asociaciones o agrupaciones profesionales que, por vía de recurso, persiguen la defensa de los intereses de sus asociados. Respecto de las mismas se ha establecido de manera unánime que procede el reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial cuando el ámbito de actuación de dicha asociación profesional y su rama de actividad coinciden con los propios del objeto del contrato.

Un ejemplo de reconocimiento de legitimación para interponer recurso a asociaciones profesionales en esta anualidad de 2012 es el que efectúa el Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (AMI) a la vista de que entre sus funciones está la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con el artículo 2 de sus Estatutos. Al efecto recuerda la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), nº 119/2008, de 13 octubre, que ha avalado un concepto amplio de legitimación afirmando que la falta de participación en un concurso público no es motivo para negar legitimación por falta de interés legítimo a un recurrente, considerando la interpretación de la que se deriva que para estar legitimado debe ser un licitador una medida rigorista y desproporcionada al impedir a la demandante obtener una respuesta judicial sobre el fondo de su pretensión. Criterio confirmado por la STC 38/2010, de 19 de junio, que reconoce la legitimación a un colegio oficial de arquitectos. En el mismo sentido, se admite la legitimación de la Federación Española de empresas de tecnología sanitaria en el Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, del mismo Tribunal; o la Asociación aragonesa de empresas de seguridad en el Acuerdo 41/2012, de 27 de septiembre de 2012.

En cambio, no fue considerado con legitimación para recurrir un contrato la Federación de servicios de UGT Andalucía, sindicato provincial de Sevilla contra la resolución que se adjudica el contrato denominado «Servicio de limpieza de los edificios sede de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda en Sevilla» por la Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 44/2012, de 25 de abril de 2012. El recurso se funda-

menta en la supuesta baja temeraria de la oferta de la empresa adjudicataria, considerando por ello la recurrente que fuera previsible que se cause un perjuicio de consecuencias muy negativas sobre la garantía de los derechos económicos y sociales de los trabajadores y trabajadoras afectados por la subrogación empresarial.

Se apoya en abundante jurisprudencia, entre la que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2007, que aclara que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto éste que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto que prospere la acción ejercitada. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate.

Asimismo, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, dictada en el recurso nº 5111/2002, incide en esta idea de la existencia de un vínculo especial con el objeto del proceso, pero, además, recalca que no basta la mera invocación de la defensa genérica de los intereses colectivos de los trabajadores, sino que se ha de identificar un interés concreto, real y efectivo. Dice así la Sentencia en su Fundamento de Derecho segundo:

«Se deduce de todo ello que no basta invocar la genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa decisiones que afectan a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, sino que es aplicable a los Sindicatos las mismas exigencias que a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en el proceso, es decir, ostentar un interés legítimo en él, con el alcance antes indicado, es decir, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del proceso que ha de examinarse en cada caso. Pues bien, desde estas consideraciones, se observa que el Sindicato recurrente, además de la cita de las indicadas sentencias del Tribunal Constitucional que contemplan casos específicos distintos al presente, se limita a invocar la genérica defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, entendiendo que el acto impugnado incide en requisitos y condiciones para poder desempeñar trabajos..., pero no identifica de manera alguna en qué consiste tal incidencia y menos aún su relación con el concreto contenido del acto impugnado(...) En consecuencia, no se aprecia objetivamente la existencia de un interés concreto, real y efectivo que justifique la legitimación activa del Sindicato (...).».

Finalmente, el Tribunal recuerda la resolución 89/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en un supuesto de

impugnación por el Sindicato Provincial de Sevilla de la Federación de Servicios de UGT Andalucía de los pliegos de condiciones de un concurso para la limpieza de los edificios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, manifestó, con invocación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

«... El interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética».

A la vista de esta doctrina, la resolución citada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales declaró la inadmisibilidad del recurso.

«Es patente que no concurre en el Sindicato recurrente ese vínculo o conexión con la pretensión ejercitada y que ha de traducirse en un interés en sentido propio, cualificado o específico que supondría la obtención cierta de un beneficio material o evitación, también cierta, de un perjuicio de prosperar la pretensión ejercitada».

Sí admitía legitimación del Sindicato Andaluz de Funcionarios para recurrir una licitación la Resolución 109/2012 de 2 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, puesto que al impugnar la licitación se intentaba evitar que sean contratados con terceros servicios que comprenden funciones o tareas propias de funcionarios.

4.2. Legitimación de trabajadores

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 134/2012, de 20 de junio de 2012, admitió la legitimación para recurrir de los trabajadores del servicio objeto de licitación. Las recurrentes no poseían la titulación ni los conocimientos de idiomas que figuraban inicialmente en los pliegos.

«En estas condiciones, la redacción inicial de los pliegos tenía un efecto directo sobre su situación laboral, toda vez que, se adjudicase a quien se adjudicase el contrato, no podrían mantenerse en su puesto de trabajo actual (caso de adjudicarse a la misma empresa que presta el servicio actualmente) ni ser contratadas de nuevo (si la adjudicataria fuese otra empresa diferente) para ejercer la misma función que venían desempeñando, a pesar de que el convenio colectivo del sector prevé la posibilidad del desempeño de la función de "coordinador" sin la titulación ni los conocimientos que ahora pretendían exigirse.

Por otra parte, dicho Convenio prevé en su artículo 18 mecanismos para que

una empresa adjudicataria de un contrato de Contact Center contrate a la mayor parte de la plantilla que trabajaba en el servicio cuando lo prestaba otra empresa».

El órgano de contratación, Red.es, se manifestó en contra de esta legitimación pues entendía que «la continuidad o no en su puesto laboral no está directamente relacionada con la prestación del servicio objeto del recurso» y que las pretensiones de las interesadas deberían ser atendidas ante otro orden jurisdiccional, como podría ser el laboral. En cambio el Tribunal, proyectando la doctrina del interés legítimo admitió la posesión de la legitimación activa exigida para poder interponer los recursos especiales en materia de contratación contra los Pliegos que son objeto de los mismos. Y ello porque han acreditado el efecto cierto que les ocasionaría la redacción inicial de los pliegos, así como el que la anulación, en su caso, del acto impugnado, tendría para las mismas, por lo que este Tribunal entiende que poseen un interés legítimo que debe ser protegido.

El mismo Tribunal no admitió la legitimación para recurrir el condicionado por parte de los trabajadores que iban a ser objeto de subrogación empresarial por la futura adjudicataria de un contrato. La Resolución 277/2011, de 16 de noviembre de 2011.

«En efecto, al margen de limitarse los recurrentes a invocar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Málaga, lo cual no es suficiente para fundamentar la posible legitimación activa en el recurso, pues, tal como ha quedado expuesto anteriormente, el interés legítimo no puede ser equiparado al interés en la legalidad, debe significarse que la subrogación de la futura empresa adjudicataria del contrato con la Administración en los contratos laborales de la empresa que anteriormente venía ejecutando el contrato es una cuestión que, aun pudiendo ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, debiendo tener lugar si así lo exige la legislación laboral vigente, por ser aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, los respectivos convenios colectivos, aunque guarden silencio en este punto, en su caso, los Pliegos aprobados por la Administración para regir la contratación. Por tanto, los trabajadores en cuyos derechos y obligaciones no se subroga la nueva empresa contratista, en caso de ser procedente dicha sucesión conforme a las citadas normas (lo cual podría suceder incluso estando prevista la obligación correspondiente en los Pliegos), deberán hacerlos valer frente a esta última ante el Orden Jurisdiccional Social (de acuerdo con los artículos 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) cuando efectivamente se tenga certeza de esa circunstancia, pero no en este momento a través de la impugnación de un Pliego que ni incorpora ni tampoco impide el cumplimiento de esa condi-

ción en caso de resultar exigible conforme a las normas laborales; simplemente se limita a exigir la prestación de un servicio integral de limpieza, en las condiciones que detalla, al tiempo que recuerda (apartado 6, sobre "Personal") al contratista que deberá cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de Seguridad y Salud en el trabajo».

4.3. Legitimación individual de los concejales

Ha sido objeto de discusión si un concejal puede a título individual interponer recurso especial frente a una licitación llevada a cabo por el Ayuntamiento del que es concejal. El Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón la admite, sobre la creencia de que el TRLCSP ha optado por un régimen de legitimación amplio, reconociendo en su artículo 42 que estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. A juicio del Tribunal esto significa, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde es exigible como título legitimador un derecho subjetivo afectado, que basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial. Esta amplitud de legitimación es consecuencia directa de la dimensión pública de la actividad administrativa. Y es que el carácter vicarial de toda Administración pública ex artículo 103 CE habilita la legitimación a la revisión de su actuación a toda persona sobre quien, de forma directa o indirecta, incide esa actividad pública.

En consecuencia, la legitimación contemplada en el artículo 42 TRLCSP, no se refiere únicamente a los licitadores, sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por la decisión impugnada. En particular considera:

«Al reconocer el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a atribuir legitimación activa para acceder a los procesos administrativos o judiciales, sin que proceda, como argumenta el Ayuntamiento, cuestionar y delimitar de forma restrictiva, el alcance de la misma.

En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa para recurrir –ya sea ante la Administración o ante órganos jurisdiccionales– el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no

necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, Sentencias 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 y 119/2008, de 13 octubre).

Existe, pues, un concepto amplio de legitimación para poder utilizar los mecanismos de recursos administrativos y jurisdiccionales y, por supuesto, del recurso especial en materia de contratación, como ya se ha admitido en nuestros Acuerdos –Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto y Acuerdo 38 /2012, de 10 de septiembre–, siempre con el límite de no habilitar una acción pública justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Interpretación similar es la mantenida por otros órganos de recursos contractuales. Así, la Resolución 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el mismo sentido la Resolución 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid».

El Acuerdo se apoya en la interpretación del concepto de legitimación general basada en un «interés legítimo», que realiza el TC en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales:

«Existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general –y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.

«... que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido “mediante sufragio universal, libre, directo y secreto” de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud

de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación».

Sobre tal base, admite la existencia de legitimación. No obstante, existió al respecto un voto particular del Vocal de dicho Tribunal, el Sr. D. Jesús Colás Tenas. Quien fundamentó ampliamente la carencia de legitimación del concejal recurrente sobre la base de que la legitimación que exige el artículo 42 TRLCSP no es posible apreciarla en el recurrente pues la si bien coincide en que la legitimación debe interpretarse de forma amplia, matiza que esta interpretación debe realizarse de manera estricta. El vocal cuestiona, primeramente, los motivos que llevan al recurrente a ejercitar esta acción:

«La motivación o causa del recurso obedece a una defensa de la legalidad de la normativa sobre la contratación pública, en relación a un procedimiento concreto. Defensa que es legítima en quien acciona, en la condición y título en que lo hace, pero por una vía jurídicamente inadecuada, por su régimen especial, pues el artículo 42 TRLCSP no permite tal interpretación.»

Admitir la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a quien invoca únicamente la defensa de la legalidad (o el interés de la corporación en que la adjudicación del contrato se realice a favor de la oferta económicamente más ventajosa, que no es cosa distinta), equivale a defender la existencia de una acción pública en nuestro Derecho en materia de contratación del sector público. Y tal acción no existe en nuestro Derecho, ni puede deducirse del artículo 42 TRLCSP, de manera que una interpretación que lleve a ese alcance es contraria a nuestro ordenamiento jurídico».

Añade además que:

«El Tribunal no puede, bajo el pretexto de salvaguardar «los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente» reconocer legitimación para interponer un recurso especial en materia de contratación (todos los contratos de gestión de servicios públicos deben contemplar los intereses generales y atender a que los ciudadanos obtengan unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente)».

Por otra parte, y entre otras cuestiones, no considera válida la argumentación del Tribunal para admitir la legitimación de la recurrente

«El Acuerdo del Tribunal, al admitir la legitimación de Don..., en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza (para interponer el recurso especial en materia de contratación), realiza una amplia argumentación general sobre la legitimación de los concejales ex artículo 63 LBRL (con abundantes citas a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo) que, en principio, es adecuada –y comparte el firmante de este voto particular–, pero que olvida u omite un aspecto esencial: que dicho precepto (que contiene un concepto amplísimo de legitimación de los concejales) atribuye legitimación únicamente para el objeto específico que en él se indica, es decir para el proceso

contencioso administrativo (previo, o no, según los casos, el recurso de reposición)».

5. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

La interposición del recurso transcurrido el plazo previsto para ello es causa determinante de la inadmisión del recurso (Resoluciones 2/2012 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Recursos Contractuales de Andalucía Resolución 2/2012). Según indica el art. 44.2 TRLCSP (antes art. 314.2 LCSP), la presentación del recurso debe realizarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado.

Ésta es la regla general, que en la práctica se reconduce a la impugnación de las Resoluciones de adjudicación de los contratos, y en ese sentido debe entenderse la referencia que contiene el propio art. 44.2 TRLCSP a que la notificación del acto impugnado se remita «... de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4» (precepto que regula, precisamente, la notificación de las Resoluciones de adjudicación). Sin embargo, el propio precepto indica luego algunas reglas especiales en cuanto al cómputo del plazo para interponer el recurso, en función del acto recurrido. Así,

a) *Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 TRLCSP.*

b) *Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.*

c) *Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.*

5.1. El dies a quo para recurrir: «... desde el día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado»

El artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su primer párrafo, dispone que:

«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4».

La resolución 16/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos

Contractuales de la Junta de Andalucía inadmitió un recurso interpuesto más allá de los quince días desde la remisión de la notificación del acto recurrido. Lo particular del caso es que la recurrente computaba el plazo de interposición a partir de un día distinto al que considera el Tribunal sobre la base de que fue en dicha fecha en que se le comunicó una corrección de errores del cuadro que iba anejo a la resolución de adjudicación donde se recogían los valores económicos homogeneizados. En particular, el recurrente entendía que dicha corrección de errores es la determinante del inicio del cómputo del plazo para recurrir por «afectar a la puntuación de las ofertas de los licitadores, de los presupuestos parciales a efectos de valoración de coherencia, del VAN de reposición y el VAN de explotación» del contrato concesional. Sin embargo, el Tribunal consideró que no se trataba de una nueva resolución de adjudicación que deje sin efecto a la dictada y notificada, sino una mera corrección de errores numéricos del cuadro adjunto a la resolución de adjudicación, que ni siquiera va referido a la puntuación dada a cada una de las ofertas sino a los valores económicos y que no afectaba a la valoración de las ofertas que sirve de soporte a la resolución de adjudicación ni tampoco altere ésta. Sostenía que partiendo de estas premisas, la corrección de errores de una resolución no puede abrir nuevamente el cómputo del plazo a efectos de interposición de los recursos que procedan contra la misma, porque de otra forma la corrección de errores supondría una verdadera revocación del acto o resolución corregida sin seguirse los procedimientos legalmente previstos al efecto²³.

La Resolución 3/2012, de 24 de abril de 2012, del Tribunal Adminis-

23. La resolución se apoyaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1985 que determinaba que « los errores materiales o de hecho y los aritméticos, pero al caracterizarse tales errores por ser ostensibles, manifiestos e indiscutibles, requieren de las características siguientes: a) poseer realidad independiente de la opinión o criterio de interpretación de las normas jurídicas aplicables; b) poder observarse teniendo exclusivamente en cuenta los datos del expediente administrativo, y c) poder rectificarse sin que padezca la subsistencia jurídica del acto que lo contiene; supuestos distintos, por tanto, de aquéllos en que concurren error de derecho, esto es, de una calificación jurídica seguida de una declaración basada en ella; como ha dicho este Tribunal Supremo, cuando se requiere un juicio valorativo –S. 8 abril 1965 (RJ 1965, 2286)–, se exija una operación de apreciación jurídica, y, por supuesto, siempre que la rectificación represente realmente una alteración fundamental en el sentido del acto (SS. 18 y 19 de abril de 1967), negándose la libertad de rectificación en caso de duda o cuando la comprobación del error exija acudir a datos de los que no hay constancia en el expediente, por entender que el error material o aritmético, tiene que ser evidente, permaneciendo fijos los sumandos o factores que no transforman ni perturban la eficacia sustancial del acto en que existen –SS. 24 enero 1966 (RJ 1966, 584), 18 mayo 1967 (RJ 1967, 2488), 3 mayo 1971 (RJ 1971, 1964), 24 marzo 1977 (RJ 1977, 1809)–»

trativo de Recursos Contractuales de Castilla y León consideró interpuesto en plazo un recurso en que la Administración se oponía a ello. Entendía que el recurso se interpuso fuera de plazo, el 28 de marzo, ya que la exclusión «se hizo pública el día 7 de marzo». El Tribunal clarifica que dado que el examen del expediente no permite conocer el momento en que la empresa recurrente tuvo conocimiento de su exclusión y de los motivos de ésta debe admitirse el recurso puesto que el plazo comienza con la acreditación de que se haya tenido conocimiento fehaciente de su exclusión y sus causas.

Otra muestra es la Resolución 88/2012, de 1 de agosto de 2012, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que enfatizaba en que el plazo no se cuenta desde la recepción de la notificación sino desde la remisión de la misma.

5.2. Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica

Existen reglas especiales para el cómputo del plazo dentro del cual debe interponerse el recurso especial contra determinados actos singulares. Una de esas reglas especiales afecta a los recursos que se hayan de interponer contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. Al tratarse de un recurso contra los pliegos, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), señala que

«el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley».

En tal caso, el cómputo del plazo de quince días hábiles se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento.

Según la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 148/2012, de 12 de julio de 2012, debe considerarse como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos. Ello, según el Tribunal, porque ante la imposibilidad de acreditar el momento en que los licitadores han obtenido los pliegos accesibles por medios electrónicos, esta es la mejor solución. Ello porque a partir de tal momento ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos. En el mismo sentido se

pronuncian entre otras las Resoluciones 21/2011, 210/2012 o 310/2012 del mismo Tribunal.

Sin embargo, distinto criterio adoptó la Resolución 109/2012. Del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

El recurso fue interpuesto por un sindicato de funcionarios hacia el condicionado para la contratación del «Servicio de apoyo y asistencia a la gestión académica y económica de los centros públicos de educación infantil y primaria dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía» fue publicada en la plataforma de contratación el 31 de agosto de 2012. El día 28 de septiembre de 2012 fue interpuesto el recurso frente al órgano de contratación quién lo trasladó al Registro del Tribunal el 5 de octubre de 2012. El Tribunal entiende que el plazo para interponer recurso debe iniciarse el 31 de agosto de 2012 fecha en la que se publicó el anuncio de licitación en el BOE y se pusieron a disposición de los interesados el condicionado electrónicamente. El *dies ad quem* fue el 18 de septiembre, con lo que como el recurso tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el 28 de septiembre de 2012, se inadmite el recurso.

«En consecuencia, en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante.

En este sentido, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil de contratante antes del anuncio de la licitación en el Boletín Oficial correspondiente, el plazo del recurso contra aquéllos no se computa hasta el día siguiente al anuncio de la licitación en el Boletín Oficial, puesto que hasta entonces aquéllos carecen de eficacia jurídica.

Por el contrario, en caso de que se anuncie la licitación en el Boletín Oficial antes de que se publique en el perfil de contratante, el plazo de interposición del recurso no se computa hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces, éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

(...)Esta es la interpretación más acorde a la Directiva 2007/ 66/ CE, de 11 de diciembre de 2007, que acoge la fecha de publicación de los pliegos o demás documentos contractuales como inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación, tal y como dispone el citado artículo 2 quarter.

«En el caso de recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b. Y, de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión».

5.3. Recurso contra la exclusión del licitador por la Mesa

La exclusión de los licitadores, en tanto que actos de trámite «cualificado» que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento, resulta un acto susceptible de ser recurrido por la vía del recurso especial. En tal caso, el *dies a quo* para recurrir comienza a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción, según dispone el art. 44.2.b TRLCSP.

Sucede que la relación de licitadores excluidos se da a conocer en el primer acto público que celebran las mesas de contratación, conforme a lo dispuesto en el art. 82 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La cuestión que surge entonces es si es a partir de ese momento cuando comienza el *dies a quo* para, eventualmente, interponer el recurso especial contra dicho acto de exclusión del licitador.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que si en dicho acto público en que se comunicó la exclusión no se encontraba presente la empresa excluida, no puede tomarse ese momento como *dies a quo* para interponer el recurso (así cabría deducirlo de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 36/2011). En caso de que el licitador haya concurrido a ese acto público, y sea allí cuando tenga conocimiento de su exclusión del procedimiento, habremos de tomar en consideración, para tomar ese momento como *dies a quo* para interponer el recurso, qué información se le comunica, de modo y manera que no resulta suficiente con comunicar la exclusión para que comience el cómputo del plazo para interponer recurso, sino que es preciso también que se comuniquen los motivos que justifican la exclusión, y hasta que el licitador no los conozca no puede iniciarse el cómputo del plazo. Así lo consideró el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 70/2011:

«... Consta en el expediente que la Mesa de contratación procedió a informar verbalmente a los licitadores excluidos en la reunión del 24 de agosto y que la valoración técnica fue expuesta en el tablón de anuncios, pero no consta una notificación formal a los licitadores, con los requisitos del artículo 58 de la Ley

IX. OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS...

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

... ni la LCSP ni las disposiciones reglamentarias obligan a la Mesa de contratación, sin perjuicio de que ello sea conveniente y pueda hacerlo, a notificar individualmente la exclusión a los interesados, indicando las causas de la misma, lo que permitiría que comenzará a contar el plazo para la interposición del recurso especial, desde que el interesado tuviera conocimiento de su exclusión.

En consecuencia, la actuación del órgano de contratación en este sentido ha sido correcta, en cuanto que según el expediente remitido a este Tribunal y se ha hecho constar al principio de este apartado, se ha informado verbalmente a los licitadores en el acto público de apertura de proposiciones económicas y se ha expuesto la valoración en los tabloneros de anuncios. Pero no reúne los requisitos legales para que tenga la consideración de notificación, pues no se ha practicado a los licitadores con el contenido que necesariamente debe de incluirse en ella, para que los mismos puedan interponer recurso suficientemente fundado ni se ha previsto este medio en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Interesa indicar en este punto que la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 135.4 impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, con el propósito de que el licitador excluido pueda interponer recurso especial contra la adjudicación, incluyendo la información relativa a las razones de inadmisión de las ofertas de los candidatos excluidos del procedimiento de adjudicación, en el acto de calificación de la documentación efectuado por la Mesa, lo cual evidentemente permite al citado licitador conocer las causas de su exclusión y por tanto impugnar la misma, comenzando el cómputo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

La interpretación sistemática de los artículos 310.2.b), 314.2.b) y 135.4 obliga a concluir que la Ley 34/2010 ha establecido en la práctica dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de Contratación: contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión, y contra el acto de adjudicación, que puede interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el artículo 314.2 LCSP, posibilidades que no son acumulativas sino que tienen carácter subsidiario, y así, si la Mesa de contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio si no se notifica por la Mesa de contratación formalmente la exclusión, este puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación.

En este sentido se pronuncia la Circular 3/2010, de la Abogacía General del Estado, y este Tribunal con anterioridad, en Resoluciones entre las que cabe citar la 67/2011. Al efecto se recomienda por la Abogacía del Estado, y también lo comparte este Tribunal, que la exclusión de licitadores se acuerde de forma expresa y motivada, mediante resolución debidamente notificada a los interesados, con

inclusión del correspondiente pie de recurso ajustado a lo dispuesto en el artículo 314 de la LCSP.

Como consta en el expediente, la Mesa de contratación procedió a informar verbalmente a los licitadores excluidos en la reunión del 24 de agosto y la valoración técnica fue expuesta en el tablón de anuncios, pero no consta una notificación formal a los licitadores, con los requisitos de los artículos 58 y 59 de la LRJ-PAC, por eso no puede producir los efectos que con relación al cómputo del plazo para la interposición del recurso contra los actos de trámite le atribuye la Ley, por lo que es admisible la impugnación de la exclusión a través del recurso interpuesto contra la adjudicación del contrato el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 310.2.c) de la LCSP, es un acto recurrible...».

6. ANUNCIO PREVIO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

En el art. 44.1 TRLCSP (antes 314.1 LCSP) se recoge como requisito previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación el anuncio del mismo, por escrito, al órgano de contratación cuya actuación se recurra. La finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso.

Ya en 2011 los tribunales de recurso sentaron como criterio unánime su carácter subsanable²⁴, hasta el punto de que una de las conclusiones del I Encuentro de Coordinación celebrado el 17 de diciembre de 2012, era la propuesta de su supresión.

«La experiencia, por otra parte, ha demostrado la innecesaridad del anuncio previo de interposición del recurso. Dado que la finalidad del mismo es prevenir al órgano de contratación de la impugnación de algún acto del procedimiento de adjudicación con el fin de evitar que se continúe con una tramitación del procedimiento que pudiera dar lugar a situaciones de ilegalidad consolidadas, y el procedimiento de recurso establece como especialidad la obligación de presentar el mismo exclusivamente bien ante el órgano de contratación bien ante el órgano encargado de resolverlo para evitar la formalización del contrato, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación con la presentación del recurso dentro de plazo éste ya conoce su existencia y, en su caso, los efectos suspensivos automáticos que lleva aparejados. Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos, cumple la

24. Ver entre otros, Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 1/2011; Resoluciones Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid nº 40/2011, 63/2011, 69/2011, 80/2011 81/2011; Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 232/2011.

misma función preventiva, lo que demuestra su innecesaridad. Así lo han venido manteniendo, por otra parte, distintas Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso, con lo cual el incumplimiento del trámite ni siquiera se ha considerado que precise ser objeto de subsanación. Por lo tanto se propone que se suprima este trámite».

7. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

Tal y como indica el art. 44.3 TRLCSP, «la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso». Esta previsión supone una especialidad respecto de la regla contenida en el art. 38.4 LRJ-PAC respecto de los lugares de presentación de escritos dirigidos a la Administración.

Al respecto, la Resolución 232/2012, de 24 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmite por extemporáneo un recurso que se presentó en otro registro y entró extemporáneamente en el registro del Tribunal. Inadmiten por similares causas también las Resoluciones 23/2012, de 8 de noviembre de 2012 y 26/2012, de 5 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

La presentación de recursos en lugares distintos de los señalados ha dado lugar, también en 2012, en múltiples ocasiones a su inadmisión por el órgano competente para su resolución. Así ha sucedido en varias ocasiones, por ejemplo, cuando la presentación del recurso se realizó en oficinas de correos, siendo unánime el tratamiento que han recibido estos casos por los diferentes órganos de recurso:

«Es cierto que el recurso se presentó en una oficina de correos el 24 de septiembre de 2012, pero no tiene entrada en el registro del órgano de contratación hasta el 26 de septiembre de 2012. Al respecto, el artículo 44.3 del TRLCSP es claro cuando señala que la presentación del escrito de interposición debe hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolución del recurso. Por tanto, debe considerarse como fecha de presentación del recurso, la fecha de entrada del mismo en uno de esos dos registros» (Resolución 15/2012 Resolución 15/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

«... se constata que con fecha 20 de marzo de 2012 le fue notificado el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, que el recurso tiene fecha de entrada en el Registro del órgano de contratación el día 12 de abril de 2012, y en Registro del Tribunal el día 13 de abril, siendo el día 9 de abril de 2012, por lo que este recurso es extemporáneo. Ciertamente se presentó en una oficina de Correos el día 9 de abril de 2012, pero esa fecha –frente a la regla

general de los procedimientos administrativos contenida en el artículo 38.4 c) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), que regula la presentación por los ciudadanos de documentos dirigidos a las Administraciones Públicas en las oficinas de Correos- no computa en este procedimiento, de carácter especial, por su propia naturaleza, debiendo estar necesariamente a la fecha de 9 de abril de 2012. En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso» (Acuerdo 15/2012, de 27 abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

8. LA ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La Resolución 7/2012 de 18 de enero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que inadmitía un recurso especial por carecer los firmantes de la representación necesaria. En particular, no se acreditaba que las dos personas comparecientes en el recurso poseyeran facultad de representación de la UTE recurrente para interposición de recursos o reclamaciones. De la documentación que presentaron se acreditaba la posibilidad de licitar y elevar a escritura pública el compromiso de constitución de la UTE pero no figuraba la mentada capacidad que no puede entenderse inferida de las anteriores. Aludía el Tribunal a las resolución n° 268/2011, de 10 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la resolución n° 79/2011, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o el Acuerdo 9/2011, de 6 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que sin duda, arrojan clara luz sobre la cuestión.

Igualmente interesante es la resolución 38/2012, de 30 de marzo de 2012, de este mismo Tribunal que consideraba inadmisibles admitir un nuevo poder a favor de persona distinta de la que interpuso inicialmente el recurso. Al contrario, considera el Tribunal, que la aportación de ese nuevo poder, en el plazo de subsanación concedido para acreditar la representación de la persona recurrente, lo que pone de relieve es que quien actuó en representación de la entidad para la interposición del recurso no tenía en aquel momento, ni tiene ahora, tras la subsanación, facultades específicas para ello, sin que sea posible la sustitución del representante inicial por otro con poderes especiales para recurrir, ni la ratificación por este último de las actuaciones llevadas a cabo por el primero sin poder de representación a los efectos requeridos. Para ello se apoya en la Resolución 39/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

«La facultad de subsanación que otorga la LCSP se refiere exclusivamente a

los defectos y omisiones en la propia documentación no en el contenido material de la misma. La subsanación no puede referirse a condiciones que no se poseyeran en el momento de presentación del recurso. Es decir, la representación debe existir con anterioridad a la fecha en que se interpone el recurso pues su existencia no es subsanable, solo su acreditación. Puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado y no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable(...)».

Considera además, que en cualquier caso, aun cuando se pudiera ir más allá en aplicación del principio pro actione y de lo dispuesto en el artículo 1892 del Código Civil «*La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso*», podría permitirse, a lo sumo, la subsanación de la falta de representación a través de un poder especial para recurrir de fecha posterior a la interposición del recurso a favor del compareciente en el mismo, pues ello demostraría, al menos, la ratificación ulterior por la empresa de la gestión inicial de aquél, pero ya se ha visto que no es esto lo que acontece en el supuesto examinado.

9. MULTAS POR TEMERIDAD O MALA FE EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La posibilidad, contemplada en el art. 47.5 TRLCSP, de que el órgano competente para la resolución del recurso pueda acordar la imposición de una multa cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares. En 2011 observamos que aún siendo un pronunciamiento infrecuente ya existieron algunos casos que impusieron tales multas.

En 2012, también existen ejemplos de ello. Tal es el caso de una la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 83/2012 de 30 de marzo de 2012. En relación con la licitación para la «Contratación del Suministro de Consumibles Informáticos» llevada a cabo por el FREMAP la cuestión de fondo que se plantea es si la exclusión de artículos remanufacturados, reciclados o rellenados en el objeto del contrato (cláusula 1 del PPT) implica, como afirma el recurrente, especificar un proceso de fabricación contrario a lo dispuesto en el art. 117.8 del TRLCSP. El problema era que esta cuestión ya había sido planteada y resuelta en varias resoluciones del mismo Tribunal y por la misma empresas, CARO INFORMÁTICA SA –que además no aludía a ninguna de las resoluciones afectadas en su argumentación–. En particular, cita el Tribunal sus resoluciones 155/2011 o 225/2011 y asevera que la fundamentación del recurso por la recurrente no guarda relación con

el objeto del mismo y que además, el recurrente no debe desconocer pronunciamientos anteriores del Tribunal que avalan la posibilidad de excluir los artículos remanufacturados. Consideró el Tribunal que el perjuicio causado a FREMAP y al resto de licitadores es mínimo, por cuanto, de acuerdo con el anuncio de licitación, el acto de apertura de las ofertas económicas no estaba previsto hasta una fecha posterior a la resolución del recurso e impuso en grado mínimo la sanción.

La Resolución 182/2012, de 6 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales puso de manifiesto la mala fe de un recurrente que a sabiendas que a pesar de la interposición de su recurso no resultaría adjudicatario, con la única finalidad de dilatar la formalización y ejecución del contrato.

10. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Las resoluciones de los recursos especiales son ejecutivas conforme establece el artículo 49.2 del TRLCSP. Por otra parte, no puede pretenderse que la suspensión de la tramitación del expediente, cuando el acto recurrido es la adjudicación, ex artículo 45 del TRLCSP, se mantenga tras la resolución por el tribunal de recursos correspondientes.

Se pronuncia sobre ello la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales 181/2012, de 6 de septiembre de 2012.

«... Debe recordarse que la consolidada doctrina jurisprudencial viene señalando que el derecho a la tutela judicial no es en modo alguno incompatible con el principio de ejecutividad de los actos administrativos, en tanto tal derecho se satisface (como habría ocurrido en el presente supuesto) facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal para que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.

Y si bien es cierto que, en diversas ocasiones que traen causa de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, los tribunales (así se pronuncian sentencias tales como las dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 31 de diciembre de 2001 y 14 de abril de 2005) han señalado que, pendiendo contienda judicial en la que se haya deducido solicitud de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido y no habiéndose aún pronunciado el correspondiente órgano jurisdiccional sobre tal solicitud, no puede la Administración acometer la ejecución de sus actos, ello lo ha sido con relación a resoluciones sancionadoras o actos cuya ejecución, aún sin revestir estricto carácter sancionador, podía, por su carácter y contenido, ocasionar un perjuicio inmediato e irreversible, haciendo con ello inútil o estéril el ulterior pronunciamiento judicial sobre la medida cautelar interesada».

Las Resoluciones 195 y 196/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales inadmiten

el recurso frente a la nueva adjudicación de un contrato que se dicta siguiendo las pautas que había dado una Resolución del Tribunal y que ahora se impugnaba, incidiendo en cosa juzgada.

Todo ello sin perjuicio de que será posible, en su caso, interponer recurso extraordinario de revisión (arts. 108 y 118 LRJ-PAC) contra la Resolución de un recurso especial en materia de contratación, o lo que será más frecuente, el recurso contencioso-administrativo. Un interesante estudio sobre la operatividad de los recursos que cabe interponer en vía administrativa se realiza por la Resolución 74/2012, de 18 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Un ejemplo de una resolución de un tribunal de recursos que conoce un recurso extraordinario de revisión es la Resolución 76/2012, de 25 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que combatía su Resolución número 46/2012, de 3 de mayo de 2012, que lo estimaba.

El recurso contencioso-administrativo podrá interponerlo tanto las Administraciones públicas como los particulares sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad (art. 19.4 LJCA). Debe recordarse que, en estos casos de planteamiento de recurso contencioso administrativo contra la resolución de un recurso especial en materia de contratación pública, el órgano que la haya dictado no tendrá la consideración de parte demandada en el proceso. En tales casos actuarán como parte demandada, tal y como indica el art. 21.3 LJCA «las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 LJCA». Del recurso contencioso-administrativo conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando se trate de recursos en materia de contratación relacionados con contratos incluidos en el ámbito competencial de la respectiva Comunidad Autónoma, Diputaciones o de las Corporaciones locales (arts. 10.1.k y .l LJCA). Si se trata de recursos contencioso administrativos que se planteen contra resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (siempre que no versen sobre contratos incluidos en el ámbito competencial de la respectiva Comunidad Autónoma o de las Corporaciones locales) el órgano competente para conocer de los mismos será la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1.f LJCA).

Garantía de la independencia y el carácter cuasi jurisdiccional de

estos tribunales es que los mismos no tendrán consideración de parte demandada, conforme al artículo 21.3 LJCA.

«En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49».

Lo que no procede es la interposición de un recurso de reposición frente a las resoluciones de los tribunales de recursos. Constancia de ello da la Resolución 110/2012, de 8 de noviembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO

En este apartado abordamos el análisis de algunas Resoluciones que, a lo largo de 2012, dictaron los órganos de recurso especial en relación con cuestiones «de fondo» o sustantivas. Para una mejor comprensión, las Resoluciones han sido sistematizadas en tres grandes bloques. El primer grupo de Resoluciones se refiere a cuestiones que traen causa de recursos presentados contra Pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas; un segundo grupo se refiere a la doctrina sentada al hilo de recursos presentados contra la adjudicación de contratos públicos; y por último, el tercer bloque, reúne un grupo heterogéneo de cuestiones relacionadas con el procedimiento de adjudicación, la obligación de subrogación de los trabajadores o la solicitud de aclaraciones por parte de los órganos de contratación, entre otras.

1. LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Un primer bloque de cuestiones analizadas se encuentran relacionadas con la interpretación de determinadas cláusulas incluidas en los Pliegos o documentos que rigen la adjudicación y posterior ejecución del contrato.

1.1. Aptitud para contratar. Personalidad jurídica y capacidad para contratar

De conformidad con lo dispuesto en el art. 54 TRLCSP, para contra-

tar con el sector público resulta necesario acreditar determinadas circunstancias que demuestren la aptitud del licitador. Así, señala el referido precepto que «sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

1.1.1. *Capacidad de obrar de las Agrupaciones de Interés Económico y las Comunidades de Bienes*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 68/2012, de 14 de marzo de 2012, confirmó la posibilidad de que las Agrupaciones de Interés Económico puedan contratar con el Sector Público. Estas entidades tienen personalidad jurídica y carácter mercantil y se rigen por lo dispuesto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza. El Tribunal clarificó que estas entidades deben cumplir con los requisitos exigidos para participar en una licitación en igual de condiciones que el resto de entidades. En particular, se refirió a que la clasificación de la Agrupación de Interés Económico ha de producirse con independencia de la clasificación reconocida, en su caso, a los integrantes de la misma. Ello con apoyo del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado de 27 de febrero de 1992 y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Extremadura de 3 de marzo de 2009.

Respecto de las Comunidades de Bienes, la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 51/2012 de 9 de febrero de 2012 determina que no tienen capacidad para concurrir a la licitación. Para ello se apoya en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 12/03, de 23 de julio de 2003.

«debe ser excluida afirmando que sobre la base de su carencia de personalidad y del artículo 15 de la Ley de Contratos de las –Administraciones Públicas– en cuanto limita la posibilidad de contratar a las personas naturales o jurídicas y únicamente la legislación de contratos de las Administraciones Públicas admite la excepción de las uniones temporales de empresas».

1.1.2. *El objeto social de las Uniones Temporales de Empresa*

Además de la escasa regulación que podemos encontrar en la nor-

mativa contractual sobre las Uniones Temporales de Empresa –UTE's– es la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, la que regula este sistema de colaboración entre empresarios. Así lo describe el artículo 7 de dicha norma que añade como límites que las UTE's tendrá un tiempo cierto de vigencia, y su objeto, determinado o indeterminado, tendrá como único fin el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro.

A menudo se ha planteado en la práctica problemas sobre la capacidad de estas UTEs para concurrir a ciertos contratos en función del objeto de las empresas que las integran. La Resolución 6/2012, de 11 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León admite que una empresa que no acredite contar un objeto social apropiado a la finalidad del contrato no puede acceder al contrato. Afirma igualmente que ello debe reunirse antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones. Además aclara que la necesaria vinculación entre el objeto social de las empresas que integran la UTE y el objeto contractual debe interpretarse en sentido amplio y no restrictivo, por lo que es suficiente con que exista una relación indirecta, ya sea total o parcial, entre el objeto social y el del contrato:

«En definitiva, la constitución de una UTE tiene como finalidad la cobertura de las diversas prestaciones de un contrato y el órgano de contratación debe verificar si éstas quedan debidamente cubiertas con los objetos sociales de las empresas que integran la UTE.

El objeto social de la citada empresa está indirectamente relacionado con el objeto del contrato y complementa el objeto social de la otra empresa integrante de la UTE, constituido por la prestación de servicios, consistentes en actividades de medición, coordinación y ejecución de trabajos propios de los campos de la arquitectura y el urbanismo».

1.2. Requisitos de solvencia

Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible.

1.2.1. Proporcionalidad y adecuación de los requisitos de solvencia

Con respecto a la proporcionalidad de los requisitos de solvencia establecidos con el objeto del contrato. La Resolución 81/2012, de 30 de

marzo de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales puso de manifiesto la necesidad de los licitadores de cumplir con los requisitos de solvencia exigidos en el pliego, ley del contrato, en su sentido literal de sus cláusulas y según la intención evidente de los contratantes. Al efecto consideraba adecuada la exclusión que no acreditó contar con un contrato de suministro de importe igual o superior al presupuesto de licitación cuando el recurrente para alcanzar tal cifra sumaba los importes de contratos celebrados con distintos clientes.

Han sido varias las Resoluciones que han concluido la desproporción existente entre los criterios de solvencia exigidos y los necesarios para ejecutar el contrato. Sirva de ejemplo la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2012, de 9 de mayo de 2012, consideró que la exigencia de determinadas certificaciones ISO era improcedente por no corresponderse con el objeto contractual o 217/2012, de 3 octubre de 2012, que exigía a los licitadores disponer de una plantilla mínima de mil vigilantes en la Comunidad de Madrid para concurrir al contrato de «Seguridad privada en los espacios del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía».

Esta proporcionalidad debe cumplirse también en los supuestos en que se exija el compromiso de adscripción de medios personales concretos, de modo que no sean desproporcionados ni supongan una limitación al principio de concurrencia.

Por otra parte, si los requisitos de solvencia no se han establecido desde el inicio en el condicionado no puede la Mesa interpretarlos de modo que conduzca a la exclusión de varios licitadores, como se ponía de relieve en la Resolución 34/2012, de 21 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

1.2.1.1. La exigencia de un número mínimo de contratos ejecutados similares

Es frecuente también que se exija un determinado número de contrataciones similares a la que es objeto de licitación, como hemos visto. Respecto de ello la primera cuestión a tener presente es determinar de la forma más precisa qué se entiende por trabajos similares, sin que tal determinación sea excesivamente restrictiva. Un ejemplo de ello fue analizado por la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 24/2011, de 22 de junio, que consideraba exigido que en un contrato para la contratación de la redacción del Proyecto de una promoción de viviendas protegidas que los

participantes acreditasen haber proyectado al menos en 3 ocasiones esta tipología de viviendas.

El Tribunal avalaba este mecanismo de acreditación de la solvencia técnica o profesional apoyada en la sentencia del Tribunal de Primera instancia de las Comunidades Europeas de 25 de febrero de 2003, en el asunto T-4/01 Renco SpA contra Consejo de la Unión Europea, relativa a un contrato de obras y en relación con los criterios de selección y adjudicación dice en la apreciación del Tribunal (apartado 68) «la experiencia y la capacidad técnica de un licitador y su equipo, la frecuencia en la realización de proyectos del mismo tipo que el del contrato en cuestión y la calidad de los subcontratistas propuestos son todos elementos cualitativos que en caso de no alcanzar el nivel requerido en el contrato pueden provocar retrasos en la ejecución de las obras o que sean necesarias obras complementarias», el Tribunal de Recursos avala la posibilidad de que el órgano de contratación ejerciendo sus facultades discrecionales considere dentro del concepto de experiencia la de redacción de proyectos de viviendas de protección oficial por considerarlo más idóneo para el interés público. No obstante, consideraba que resulta excesivo que se exija haber proyectado en los últimos tres años tres veces, al menos, del número de viviendas objeto del contrato, que además debía de tratarse de viviendas de protección oficial. Lo que considera no ajustado al principio de proporcionalidad en cuanto que limita la concurrencia.

Resulta también de interés la Resolución 193/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que consideraba discriminatorio exigir como criterio de solvencia la experiencia vinculada no a contratos ejecutados sino a contratos en ejecución.

1.2.1.2. *La exigencia de titulaciones profesionales*

En relación con la exigencia de titulaciones determinadas como solvencia técnica han sido frecuentes. La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 153/2012, de 19 de julio de 2012, que conoció del recurso frente el pliego de condiciones particulares aprobado que regía la licitación y ejecución del contrato de servicios «Coordinación en materia de seguridad y salud durante la ejecución de obras en Líneas de Alta Velocidad de la Dirección de Operaciones e Ingeniería de Red de Alta Velocidad de ADIF para el tramo Olmedo-Ourense» en que se exigía un equipo mínimo necesario para cubrir las tareas objeto de este contrato estará formado por: 1 Delegado del Con-

sultor: Graduado en Ingeniería equivalente a las titulaciones tales como Industrial, Telecomunicaciones, Caminos, Canales y Puertos, etc. o Ingeniero Superior.(...) o el Acuerdo 29/2012, de 26 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que en relación con la contratación «Prospección de la red de evaluación fitosanitaria en las masas forestales de Aragón. Años 2012 y 2013» exigía numerosas exigencias relacionadas con la adscripción de trabajadores con un determinado perfil y experiencia.

«... a estos medios complementarios deben serles de aplicación los criterios generales que rigen el establecimiento de los medios para acreditar la solvencia. Esto es, que estén previstos expresamente en los pliegos, que guarden relación con el objeto del contrato, que, en ningún caso dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios, y que se respete el principio de proporcionalidad, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido. La adscripción de medios es, en suma, un complemento de cara a la efectiva disponibilidad de la solvencia requerida por el órgano de contratación al diseñar el objeto del contrato, y no una técnica adicional de restricción de la solvencia previamente elegida y exigida, tal y como previene el artículo 62 TRLCSP».

En cambio no se estimó adecuada la inclusión como obligatoria de determinados profesionales como idóneos para la realización del Proyecto del Muelle de Cruceros en la ampliación del Puerto de Valencia: Fase I en recurso del Colegio de Ingenieros de Canales, Caminos y Puertos que pretendían excluir a los arquitectos de intervenir en la licitación. El Tribunal a la vista de que la normativa de aplicación no resuelve la cuestión objeto de examen acudió a la doctrina jurisprudencial, de cuyo examen cabe destacar una idea fundamental: frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de «libertad con idoneidad» (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 8685], de 27 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4196], o de 20 de febrero de 2012 [RJ 2012, 4126]), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007, 6693]).

Y es que como dijo la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 138/2012, de 20 de junio de 2012, ante la

existencia de dudas que pudieran afectar a la admisibilidad de los licitadores debe primar el principio de prevalencia de la libertad de concurrencia.

1.2.1.3. *La exigencia de seguros de responsabilidad civil*

A favor de la concurrencia resolvió también el litigio planteado ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 126/2012, de 6 de junio de 2012. En ella se cuestionaba la exigencia de un seguro de responsabilidad civil. El Tribunal aclaró que no se trataba de un requisito de solvencia y negó la posibilidad de su exigencia para garantizar el buen fin de la ejecución del contrato. Para tal finalidad ya se contemplaban las garantías previstas expresamente por el TRLCSP a tal fin.

«La cuestión aquí planteada, exigencia de una póliza de responsabilidad civil –en este caso al adjudicatario– como adicional a la garantía definitiva exigible, ya ha sido resuelta por este Tribunal en diversas resoluciones, algunas de las cuales cita el propio recurrente, en el sentido de anular su exigencia, sin perjuicio de que, tal y como éste Tribunal ha manifestado en su resolución 16/2012 de 11 de enero –respecto del recurso 337/2011 interpuesto también por AESPI–, resulte “admisible exigir al adjudicatario esa garantía excepcional siempre que en el expediente de contratación se justificaran suficientemente las razones por las que debe de exigirse la misma a diferencia de otros contratos similares”, cuestión ésta que, entiende el Tribunal, no se da en el expediente aquí impugnado, remitido por el órgano de contratación con motivo del recurso interpuesto.

Como ya dijimos en nuestra resolución 16/2012, si la cuestionada póliza de responsabilidad civil tiene como finalidad garantizar las responsabilidades derivadas de la ejecución del contrato, su exigencia entrará en conflicto con lo dispuesto en el artículo 95 del TRLCSP, de conformidad con el cual “Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.[...] En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato”.

De acuerdo con la resolución 130/2011 de 27 de abril, recurso 89/2011, “Este precepto claramente impone cuáles son las cuantías máximas exigibles para la prestación de las citadas garantías que en, ningún caso, pueden exceder del diez por ciento del precio del contrato. No aclara la Ley qué debe entenderse por precio del contrato, pero claramente se desprende de la redacción del artículo transcrito que se refiere al presupuesto o precio ofertado por el adjudicatario. Por otra parte, la Ley contiene otro requisito para la exigencia de la garantía indicada consistente en que sólo es exigible a quienes hayan presentado la oferta económicamente más

ventajosa y, tengan por ello, la expectativa de llegar a ser adjudicatarios del contrato"».

El mismo asunto abordan, entre otras, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 190/2012, de 12 de diciembre, pone de manifiesto que la exigencia de pólizas de responsabilidad civil pueden jugar un doble papel: como solvencia patrimonial adicional o como una garantía adicional para el caso de que la empresa incurra en responsabilidad como consecuencia de la ejecución del contrato. En el supuesto enjuiciado entiende el Tribunal que exigiéndose clasificación empresarial dicho seguro debió exigirse en su caso como fianza y no como solvencia.

1.2.2. La integración de la solvencia con medios externos

Es posible integrar cualquier requisito de solvencia con medios externos (económica, financiera, técnica o profesional). Así lo dictaminó el Acuerdo 11/2012, de 16 de marzo de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón apoyándose en el informe 29/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, contrario al Informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003 de la Junta Consultiva estatal, que afirma que» en la Directiva 2004/18 no existe a priori, ninguna restricción en relación a los medios en los que se puede completar la solvencia de una empresa con la capacidad de otra, así se desprende también de la Sentencia Host Italia antes citada que se refiere precisamente a un supuesto en el que se exigían como requisitos de solvencia un determinado volumen de negocio y una experiencia mínima en contratos similares, requisitos que según concluye la sentencia un licitador podrá completar con la capacidad de otras entidades». Ello conlleva, como señaló el Tribunal que de existir tales acuerdos deben aportarse desde el inicio sin pueda realizarse con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas.

Lo determinante para acreditar que un licitador tiene solvencia no es sólo que ésta acredite que ella dispone por sí misma de los medios exigidos por el condicionado, sino que disponga de ellos de forma efectiva aun cuando disponga a otra empresa, con la que mantiene vínculos directos o indirectos (subcontratación). No obstante, en contrapartida de resultar adjudicataria del contrato deberá perseguirse que sean las empresas que realmente han servido para acreditar la solvencia quienes ejecuten los trabajos para los que ésta se exigió, lo que necesariamente se reflejará también en los certificados de buena ejecución del contrato que se expidan, en su caso.

Se ha enjuiciado si existen límites a la integración total de solvencia con medios externos. La respuesta es que no cabe la integración, subcontratación total y debe acreditarse un mínimo de solvencia. Resulta de interés la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 117/2012 de 23 de mayo de 2012 si bien afirma que el examen de la acreditación de la solvencia por medios externos exige una aplicación casuística:

«... Si bien el artículo 63 TRLCSP, no parece establecer limitación a la acreditación de la solvencia con medios externos., ha de tenerse en cuenta que la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, clasificación es -como se ha señalado en el fundamento anterior- una de las condiciones de aptitud que ha de poseer el empresario para poder contratar con el sector público, conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP (art. 54 TRLCSP). Por el contrario, tanto el artículo 54.1 de la LCSP (art. 65 TRLCSP) como el artículo 210.2.e) de la citada Ley (art. 227 TRLCSP) sí establecen límites, el primero, recoge que el compromiso de subcontratar con empresas que dispongan de la habilitación o clasificación precisa no puede exceder del 50 por ciento del precio del contrato, y el segundo, limita la subcontratación al 60% del importe de adjudicación.

Si bien es cierto que los límites antes citados no operan cuando la subcontratación se utiliza como mecanismo de integración de la solvencia, si son indicativos de en cuanto a la existencia de límites en su utilización. Así, de la interpretación conjunta de los artículos 52 y 43.1 de la LCSP, se ha de considerar que, aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 43.1, por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos, conforme a lo previsto en los artículos 51 y 52, pues, de lo contrario, no se le podría considerar apto para contratar con el sector público, al incumplir lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LCSP.

Corresponde pues al órgano de contratación determinar los medios mínimos con que deben contar las empresas, en relación directa con la prestación objeto del contrato, así como cuando se basen en medios de otras entidades, la documentación que se requiere para acreditar que disponen efectivamente de esos medios. Asimismo corresponde a la mesa de contratación comprobar si, a la luz de la documentación presentada por los licitadores, se acredita suficientemente que cuentan con la aptitud necesaria para la ejecución del contrato».

La exigencia de solvencia es transversal, abarca todo el contrato y tiene efectos fuera de él. Ningún sentido tendrá exigir determinada experiencia, por ejemplo, en restauración del patrimonio histórico para que más tarde la empresa que resultó adjudicataria como consecuencia de un compromiso de subcontratación con una empresa especializada

ejecuta los trabajos comprometidos y gana para sí la solvencia ajena, con efectos, en la propia clasificación empresarial.

En definitiva, es viable jurídicamente que el condicionado exija un compromiso de disposición de medios para la ejecución del futuro contrato. Lo que no es acorde a Derecho es determinar que esos medios se tengan en régimen de propiedad, como rotundamente concluyó la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 187/2012, de 6 de junio de 2012.

1.3. Los criterios de adjudicación

Uno de los contenidos más importantes de los Pliegos de los contratos públicos son los criterios de adjudicación. En relación con los mismos, diferentes órganos de recurso han manifestado en varias resoluciones que su función en relación con los mismos es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

Han perfilado además qué cuestiones pueden ser criterios de adjudicación y cuales son de solvencia. Un ejemplo de ello es la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 18/2012, de 27 de septiembre de 2012, que avalaba la posibilidad de que cabe establecer como criterio de adjudicación la variación a la baja o la exclusión de la aplicación de la revisión de precios, con base en el principio de libertad contractual.

Los Tribunales de recurso han realizado además una labor de depuración conceptual sobre la forma de prever y valorar estos criterios. En cuanto al otorgamiento de las valoraciones tras la aplicación de los mismos, estos órganos han enfatizado en que su control es formal cuando la evaluación responde a criterios estrictamente técnicos. Estos criterios técnicos no pueden ser corregidos mediante la aplicación de criterios jurídicos por el Tribunal que no puede, en definitiva, sustituir el juicio técnico de la Mesa en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, como afirma el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía -24/2012, de 14 de marzo de 2012- con apoyo en la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón -14/2011 de 19 de julio-. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 4/2012, de 24 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

tuales de Castilla y León y el Acuerdo 30/2012, de 2 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

No obstante, al respecto de la discrecionalidad técnica, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 33/2012, de 26 de enero y 80/2012, de 30 de marzo, ha puesto de relieve que sí procede comprobar la existencia de arbitrariedad, discriminación, u omisiones o errores materiales en la valoración de la oferta técnica.

1.3.1. *La forma de valorar los criterios de adjudicación*

Los criterios de adjudicación, su ponderación y la forma en que su valoración se llevará a cabo, deben hacerse constar expresamente en el Pliego. En su Acuerdo nº 12/2012, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón señaló que la falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento, indicados en el pliego, y exigida por el artículo 134 LCSP, es una infracción grave (añadiendo además en el Acuerdo nº 23/2011 «... calificable como vicio de nulidad de pleno derecho...») que afecta a los fines mismos del ordenamiento jurídico de la contratación pública, explicitados en el artículo 1 TRLCSP, el de garantizar los principios de «publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos... la ausencia de valoración de los criterios objetivos de adjudicación, en este procedimiento, afecta a los derechos de todos los licitadores. Y no, exclusivamente, al recurrente y al adjudicatario.

Como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

En el mismo sentido el Acuerdo 22/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, puso de manifiesto que un Pliego que no concreta la fórmula matemática para asignar la puntuación correspondiente a la oferta económica es nulo de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En dicho procedimiento pese a no preverse ningún sistema de

atribución de puntuaciones el sistema de valoración del criterio precio finalmente seguido no fue correcto, por no tener carácter proporcional.

Sobre la oferta económica es interesante la Resolución 31/2012, de 5 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León que afirma que como el precio del contrato viene determinado en función del plazo de duración del contrato y ésta abarcaba varias anualidades no es lícita su reducción al importe de una anualidad.

«La adjudicación del contrato no se considera adecuada, al no tener en cuenta la oferta económicamente más ventajosa, pues se ha limitado a valorar únicamente el precio ofertado por el primer año – el presupuesto anual— y no los dos años previstos como mínimo a diferencia de las mejoras que han sido valoradas considerando la duración total estimada del contrato».

Todo ello con apoyo en la doctrina fijada en su Acuerdo 14/2011, de 19 de julio, que determina que solo procede cuestionar. Pese a que admite que ante tal insuficiencia sería posible corregir la ausencia de ponderación del mismo aplicando una regla de proporcionalidad lineal que garantice el principio de igualdad, tal y como solicitaba la recurrente. De tal manera que la máxima puntuación por este criterio se atribuya quien oferte el precio más bajo, tal y como se ha practicado por el órgano de contratación y, ante la ausencia de reglas de ponderación del criterio, se aplique un sistema de medición proporcional lineal, sin que sea correcta la valoración practicada por el órgano de contratación:

«Que una vez aceptado y consentido el Pliego –ley por la que se rige el procedimiento licitatorio– el mismo deviene firme, y no cabe ya cuestionar ninguno de sus extremos, conforme a la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo, si siempre que no se aprecien vicios determinantes de nulidad de pleno derecho».

1.3.2. La valoración de las mejoras

El criterio de adjudicación consistente en la posibilidad de «mejorar» las previsiones del condicionado no es ni más ni menos que una forma de permisión de variantes. En el escenario económico actual, el criterio de las mejoras está siendo comúnmente utilizado, la mayoría de veces improcedentemente, según ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas en diversos informes publicados en el año 2012 y los propios tribunales de recursos²⁵. De hecho este último informe ponía de mani-

25. Informe de Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del Sector Público Estatal sometidas a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas e Informe de fiscalización de las contrataciones desarrolladas por las Entidades Locales en relación con las Inversiones Financiadas por

fiesto como después del precio el siguiente criterio más utilizado en todas las licitaciones del conocido Plan E del año 2009 fueron las «mejoras».

El artículo 147 del TRLCP regula la posibilidad de admisión de variantes o mejoras.

1. *«Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.»*

3. *«En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios.»*

Pese a la claridad del precepto, lo cierto es que las mejoras indefinidas, las mejoras no previstas pero luego valoradas por las Mesas, han abundado y han sido múltiples las resoluciones de los tribunales de recursos que así lo han constatado.

La Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 3/2012, de 18 de enero, pone de manifiesto que presentar un sistema alternativo o adicional al establecido por el pliego de prescripciones técnicas particulares no es una mejora –puesto que ello no aparecía definido en el condicionado–. Considera el Tribunal que se trata un variante y que existe simultaneidad de proposiciones quebrándose el principio de igualdad de trato de los licitadores. Aclara que las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, mientras que las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el Pliego de Condiciones como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración.

Sobre la diferencia entre variantes y mejoras se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 40/2011, de 28 de julio, en que parte de la idea de que ambas son consideradas como proposiciones simultáneas.

el Fondo Estatal de Inversión Local creado por Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre.

El Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma por su parte que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación. Pese a reiterar la imposibilidad de impugnar el PCAP, aclara que éste se limita a atribuir una puntuación en función de cada tipo de mejora sin establecer de forma clara, ni las características de cada mejora que hayan de tenerse en cuenta, ni unas normas de valoración para la aplicación de la puntuación de cada mejora, pero a la vista de que la valoración del informe técnico de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Zaragoza, en cuanto a las mejoras se refiere, carece de la motivación exigible determina la anulación de la adjudicación.

El mismo Tribunal en su Acuerdo 20/2012, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón enfatizaba en que la previa concreción de los criterios de valoración es un requisito esencial. Al efecto se apoyaba en la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis.

«Una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. (...) Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa».

Los Acuerdos 8/2012, de 22 de junio de 2012, y 12/2011, de 16 de junio de 2011, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra en relación con esta cuestión pone de relieve que la deficiente previsión de las mejoras viola el principio de transparencia por cuanto se incumple la obligación de dar a los eventuales licitadores

toda la información necesaria para poder adoptar la decisión de participar o no en la licitación. Dictamina que la existencia de un criterio de adjudicación que dota a la entidad adjudicadora de una libertad de apreciación sin límites preestablecidos impide que los licitadores dispongan de la información necesaria para adoptar la decisión de participar en la licitación por cuanto existe un alto grado de incertidumbre sobre qué criterios se van a seguir. Atendiendo a ello entendía que tal violación requería declarar la nulidad de ese criterio de adjudicación.

La Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 44/2012, de 14 de junio de 2012, aborda el recurso contra un condicionado que contenía entre otros criterios el siguiente «los licitadores deberán consignar aquellos elementos y medidas ofertadas que no sean objeto determinado del contrato, pero que con relación directa con el servicio, estén encaminados a enriquecerlo y a completarlas prescripciones contenidas en los Pliegos.» El órgano de contratación afirmaba al respecto que la imprecisión del criterio venía dada para dar «la oportunidad a los licitadores de que sean creativos y presenten mejoras innovadoras, que se admitirán aunque no esté en la mente de los redactores de los Pliegos». Afirmando el Tribunal que justamente ello es lo opuesto a lo que la ley pretende respecto a la admisibilidad de mejoras en la licitación.

En el mismo sentido la Resolución 38/2012, de 12 de abril de 2012, del mismo Tribunal insiste en que una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores y que en consecuencia eran desconocidos para ellos.

Por su parte, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 142/2012, de 28 de junio de 2012, y 164/2012, de 30 de julio de 2012, enfatizan sobre el hecho de que si no se especifica nada más sobre el tipo de mejoras a considerar ni sobre los criterios para valorarlas, dichas cláusulas resultan arbitrarias y con ello, tanto la admisión como la valoración de las mejoras ofertadas queda totalmente al arbitrio de la mesa lo que no permite garantizar los principios de no discriminación y de igualdad de trato reiterados en la Ley y en las propias instrucciones internas de la entidad.

«Tanto la admisión como la valoración de las mejoras ofertadas queda totalmente al arbitrio de la mesa de contratación de Asepeyo, lo que no permite garantizar los principios de no discriminación y de igualdad de trato reiterados en la Ley y en las propias instrucciones internas de la entidad. En consecuencia, como hemos señalado en otros recursos similares, hay que plantear la cuestión de si las

cláusulas relativas a la valoración de las mejoras deben aplicarse o, por el contrario, considerar improcedente tal aplicación.

(...) Así pues debe declararse la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de los pliegos que se refieren a las mejoras y a su valoración. Como en el caso citado, la nulidad no tiene por qué extenderse al resto de cláusulas de los pliegos afectados que pueden permanecer invariables y, conforme al artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conservar los restantes actos y trámites en los términos que se exponen en el siguiente fundamento. » (Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 164/2012 de 30 de julio)».

2. LA IMPOSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE LAS OFERTAS. LÍMITES

Diversas resoluciones han tratado esta cuestión en la que se combinan la necesidad de no hacer del proceso de contratación una carrera de obstáculos para los licitadores con el necesario respeto al principio de igualdad de trato.

La Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 25/2012, de 20 de marzo de 2012, aborda un recurso frente a la exclusión del recurrente, propuesto como adjudicatario, a quien se le notificó la resolución del órgano de contratación donde se le declaraba como oferta económicamente más ventajosa y se le requería para la presentación correspondiente a tal condición en el plazo de 10 días hábiles a contar a partir del día siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento. El día en que vencía este plazo el recurrente presentó un escrito al que acompañaba parte de esa documentación. En el mismo día anunciaron mediante fax que habían remitido por mensajería urgente el resto de la documentación. La Mesa, al llegar esta última documentación fuera de plazo no abrió tal documentación y lo considero como una retirada de la oferta.

El Tribunal recuerda que el recurrente no solicitó una prórroga expresa del citado plazo de diez días, ahora bien, anunció por fax, dentro de dicho plazo, que enviaba la documentación que le faltaba por mensajería urgente y ésta llegó al día siguiente. No entendió aplicable el artículo 151.2 TRLCSP que dispone que *«de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta»*. Al contrario, asevera que esta presunción queda desvirtuada en el momento en que el licitador realiza cualquier actuación tendente a cumplimentar la documentación requerida.

«Dados los graves efectos que la no presentación de la documentación requerida en plazo tiene para el licitador, que dicho trámite de exclusión debe realizarse

atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, el de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de "exclusión"».

Considera el Tribunal que un criterio de proporcionalidad lleva a estimar que el licitador cumplió con el requerimiento realizado por el órgano de contratación y no puede aplicarse la presunción de retirada de su oferta respecto a quien manifestó todo lo contrario en plazo. Lo que en todo caso debe respetarse es el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación para adjudicar el contrato, y en este sentido, puesto que la documentación que faltaba se recibió al día siguiente del vencimiento del plazo de los diez días, perfectamente se podía adjudicar el contrato dentro de los cinco días siguientes, una vez vista la documentación requerida. Aplicar rigurosamente el artículo 151.2, en cuanto a la no presentación de la documentación requerida en plazo, estimando que el licitador ha retirado su oferta sin darle la posibilidad de subsanar supone, según el Tribunal, generar indefensión a los licitadores, máxime cuando ello no altera los principios que rigen la contratación ni impide la adjudicación del contrato dentro de los plazos que marca la Ley.

La Resolución de este Tribunal 69/2012, de 21 de junio de 2012, consideraba subsanable la falta de firma de la oferta económica.

Además en su Resolución 85/2012, de 21 de septiembre de 2012, reprobaba que no se hubieran valorado las mejoras ofertadas por un licitador por el hecho de que estaban redactadas alterando la literalidad del texto previsto en el condicionado.

Al contrario, la Resolución 60/2012, de 22 de febrero de 2012, del mismo Tribunal confirma la exclusión de un licitador que pretendió hacer uso del trámite de subsanaciones cuando éste había transcurrido ampliamente.

La posibilidad de subsanar defectos en materia de solvencia ha sido puesta de manifiesto por dicho Tribunal en su Resolución 85/2012, de 11 de abril de 2012. Sin perjuicio de que aclarar que el momento al que ha de venir referido el cumplimiento de los requisitos de solvencia es la posibilidad de subsanación de los defectos u omisiones en la documentación presentada.

Insubsanable y de innecesaria aclaración tildó la Resolución 1/2012, de 13 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León a la falta de presentación de la documentación mínima exigida en los pliegos, en concreto, el documento «Encuesta Técnica» que venía exigido en el condicionado.

«La posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 146 del TRLCSP, destinado a acreditar las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores».

La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 177/2012, de 30 de agosto de 2012, puso de manifiesto que la omisión de inclusión en el sobre de la oferta técnica de un documento valorable como criterio de adjudicación no conllevaba la exclusión del licitador afectado. En este caso una póliza multirriesgo exigible que el licitador presentó tras requerimiento de la Mesa, y que realmente era un requisito de solvencia económica y no un criterio de valoración.

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 65/2012, de 7 de marzo de 2012, determina la necesidad de excluir a un licitador cuya oferta contenía tachaduras y que se subsanó con un criterio contrario al condicionado. En particular, el pliego sí que establecía una prevalencia en caso de discrepancia, pero era la de las cantidades expresadas en letra frente a las expresadas en número, contrariamente a lo aceptado por la mesa en este caso por haberlo manifestado así el representante legal de la empresa. Pero aceptar tal actuación equivale a haber permitido al licitador subsanar un error de su oferta, eliminando de la misma el texto en que aparece un precio expresado en letra, y ello contraviene lo estipulado en los artículos 81 y 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 156/2012, de 19 de julio de 2012, aborda la posibilidad de subsanar errores materiales respecto de las características técnicas de ciertos productos ofertados. Al respecto el Tribunal cita el artículo 81 del RGLCAP establece en su apartado segundo que *«Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación».* Para luego afirmar que la posibilidad de corrección que este precepto contempla se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 130 de la LCSP (art. 146 TRLCSP), puesto que a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo se hace al artículo 79.2 de la derogada LCAP.

«Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, generalmente actuando a través de la mesa de contratación, para requerir la sub-

sanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a las ofertas técnica o económica propiamente dichas.

Pero aún en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, esto es lógico pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recoge los artículos 1 y 123 de la LCSP (arts. 1 y 139 TRLCSP)».

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 153/2012, de 19 de julio de 2012.

Solución contraria adoptó el Tribunal ante un supuesto en que la forma de presentación difería del modelo contenido en el condicionado pero no sustancialmente; en particular, la presentaron en diferentes unidades de medida.

«Tras la traducción de su precio unitario a euros por kilo (...) estarían en igualdad de condiciones que las de las empresas que continuaron como candidatas a la adjudicación».

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 131/2012, de 12 de junio de 2012, reitera que la oferta es inmodificable una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones. En particular, la Mesa concedió una licitadora un plazo para completar su oferta. Algo que el Tribunal repudió con cita en diversos pronunciamientos (por todas, la resolución 184/2011, de 13 de julio, que recordaba la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en interpretación del artículo 81.2 del RGLCAP).

«El establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato (que hoy consagran los artículos 1 y 139 del TRLCSP), por lo que el eventual otorgamiento de un plazo adicional a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego –en este caso modificando su oferta, mediante el cambio de adscripción de parte del equipo técnico– debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley. En este punto cabe, asimismo, recordar la

doctrina de este Tribunal expuesta en diversas resoluciones (por todas, resoluciones 164/2011, de 15 de junio y 244/2011, de 19 de octubre, recursos 125/2011 y 212/2011), según las cuales la posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la documentación acreditativa de las condiciones de capacidad, aptitud y solvencia de los licitadores de que se hace mención en el artículo 130 de la LCSP (art. 146 TRLCSP). Así se deduce del artículo 81.2 del RGLCAP, de conformidad con el cual: "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación". Tal precepto está referido exclusivamente a la documentación del mencionado artículo 130 de la LCSP (art. 146 TRLCSP) y a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo se hace al artículo 79.2 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

3. LA EXTEMPORANEIDAD EN LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 160/2012, de 30 de julio de 2012, aborda el estudio de un recurso frente a la omisión de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la convocatoria de licitación en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato de «servicio para la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores del Instituto de Salud Carlos III». El recurrente fue excluido por entenderse extemporánea su oferta. Se trató de un procedimiento abierto en que era obligada la publicitación en el BOE de la licitación, como ordena el artículo 142 del TRLCSP. La Administración recurrida publicó el anuncio en el BOE, El problema viene de que no se publicó en el BOE un segundo anuncio relativo a la ampliación del plazo de presentación de proposiciones. Ello sí se hizo en la plataforma de contratación. La oferta llegó más tarde que la última fecha fijada en la plataforma. El Tribunal consideró válida su exclusión por extemporaneidad.

«Este Tribunal no considera que la no publicación de un nuevo anuncio en el Boletín Oficial del Estado sea motivo para declarar nula la licitación impugnada por Sociedad de Prevención de FREMAP, ni siquiera para anular el expediente y exigir al órgano de contratación una nueva convocatoria en el BOE. Y ello porque, de las diferentes causas de nulidad absoluta que prevé el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que se remite expresamente el 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la única que cabría aplicar al caso sería la recogida en la letra e) que declara la nulidad de pleno derecho de los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedi-

miento legalmente establecido”. Sin embargo, no cabe entender tal cosa respecto del procedimiento tramitado por el Instituto de Salud Carlos III en el caso presente, pues ha sido objeto de publicidad suficiente, sin que quepa considerar que la falta de publicación de un nuevo anuncio en el BOE pueda considerarse que invalide el procedimiento, ni que haya ocasionado perjuicios irreparables. Los potenciales licitadores han contado con información suficiente para poder concurrir al procedimiento de contratación convocado y, como se ha señalado antes, si alguno hubiera presentado su documentación antes del día 26 de junio a las 11,35h, este Tribunal ordenaría al órgano de contratación, si así no lo hubiera hecho, a admitir su candidatura a la citada licitación. Pero entiende que no procede anular el procedimiento ni exigir una nueva publicación en el BOE».

En otro orden de cosas, es frecuente observar como la hora límite para presentar ofertas viene determinada de forma expresa en el condicionado –ello pese a que los plazos se cuentan en el TRLCSP en días–. El riesgo de esta práctica es que no se esté otorgando el plazo mínimo que fija la Ley para la presentación de ofertas. Es este el supuesto enjuiciado por la Resolución 188/2012, de 12 de septiembre de 2012, en que la pretensión de anulación de la exclusión del recurrente se fundamenta en que el PCP no respetó el plazo mínimo para la presentación de proposiciones establecida en el TRLCSP, con infracción del artículo 143 en relación con el artículo 159 del TRLCSP, citando –con reproducción parcial– en apoyo de sus pretensiones el informe 1/2008, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias. El recurrente defendía que su oferta se presentó dentro del plazo mínimo legal para la presentación de proposiciones, esto es, antes de las 24.00 horas del día 31 de julio de 2012, y que por tanto debió ser admitida con independencia de la hora límite fijada en el anuncio, al no respetar el mismo dicho mínimo legal. El Tribunal estima su pretensión.

«Es cierto que el plazo de impugnación del anuncio y de los pliegos de licitación ya han expirado, pero las alegaciones realizadas por la recurrente contra los mismos tienen su causa en un acto de aplicación de los pliegos que, como se argumenta en el fundamento sexto de esta resolución, se basa en una cláusula afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 32 del TRLCSP, de manera que si bien, tal y como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, los pliegos son ley del contrato y vinculan tanto a la entidad contratante como a los licitadores, resulta posible recurrir contra el acto de aplicación de los mismos cuando están viciados de nulidad, como es el caso que nos ocupa».

4. LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN. LA NECESIDAD DE MOTIVAR ADECUADAMENTE LA ADJUDICACIÓN Y LA NO ADJUDICACIÓN

La adjudicación pone fin al proceso, y como tal, se desvelan en él

todas las cuestiones que durante el proceso han influido en la determinación de la oferta más ventajosa. Varias resoluciones han constatado la variación de criterios de adjudicación –como ocurre con las mejoras, como se ha visto– o con los criterios para la determinación de las ofertas anormalmente bajas. Este fue el caso del Acuerdo 17/2011, de 13 de diciembre, de la Junta de Contratación Pública de Navarra en que ponía de manifiesto la imposibilidad de que expirado el plazo de presentación de proposiciones la Mesa de Contratación adoptara un acuerdo modificando el criterio de apreciación de las ofertas anormalmente bajas. Todo ello apoyado en la necesidad de que exista un tratamiento igualitario, y no discriminatorio de los contratistas y en especial de que se respete el principio de transparencia «por lo que de haberse expresado convenientemente este extremo en el pliego es lícito pensar que la oferta de la ahora reclamante hubiere podido ser diferente».

Igual ocurrió en el supuesto examinado en la Resolución 41/2012, de 18 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos de la Junta de Andalucía, en relación con la adjudicación del «acuerdo marco de suministro de medicamentos, subcategoría SU.PC.FARM del catálogo de bienes y servicios del Servicio Andaluz de Salud» donde se cuestionaba la legalidad de que la Comisión Central de Farmacia Hospitalaria a la hora de valorar las ofertas con arreglo a los criterios dependientes de un juicio de valor estableció una condición técnica mínima exigible (que las ofertas cuya presentación no fuese en dosis unitaria individualizada no alcanzaban las condiciones técnicas mínimas exigibles en el procedimiento). Ante ello el Tribunal afirmaba que:

«El requisito técnico expuesto tiene enorme relevancia en la licitación y resulta determinante en la adjudicación, pues las ofertas que no se presenten en dosis unitarias individualizadas, si bien no aparecen formalmente excluidas del proceso, sí lo son a efectos prácticos o, al menos, encuentran ya de partida enormes dificultades para resultar adjudicatarias. Por consiguiente, una condición técnica de tal índole tenía que haber sido conocida por los licitadores con carácter previo a la presentación de sus ofertas y no debería haberse fijado en un momento posterior como es el de valoración de las mismas. Como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06), a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, es exigible que "los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (...) A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (...)».

Una cuestión recurrente ha sido la motivación de las adjudicaciones. En particular, la necesidad de que la notificación de la adjudicación contenga la motivación necesaria para que permita la interposición de un recurso suficientemente fundado, conforme exige el artículo 151.4 del TRLCSP. Este fue el supuesto examinado por la Resolución 11/2012, de 10 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos de la Junta de Andalucía que afirmaba sin tapujos que una notificación defectuosa impide el inicio del cómputo del plazo de la interposición del recurso especial:

«Por cuanto carecía de la información necesaria que permitiera la interposición de un recurso suficientemente fundado: no recogía las valoraciones otorgadas a las ofertas, ni las razones que justificaban las mismas y tampoco las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de su selección, pues la mera referencia a "la propuesta técnica" es una alusión genérica, que no aporta ninguna información concreta, ni permite identificar cuáles han sido aquellas ventajas y características».

En este caso se daba además el caso de que el órgano de contratación, sobre la base de un informe de un vocal técnico de la Mesa que pretendía la exclusión de la propuesta como adjudicataria por no contar con solvencia técnica adecuada cuando ello no había sido exigido en el pliego de condiciones. El Tribunal determinaba que esta omisión en el Pliego no podía ser suplida por el informe técnico en cuestión y que por lo tanto no cabía considerar motivado, ni procedente, apartarse del criterio de la Mesa y adjudicar el contrato a un licitador distinto.

La misma importancia daba a la motivación de la adjudicación la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 161/2012, de 30 de julio de 2012. Esta resolución resulta de interés en cuanto a la conveniencia de que los pliegos prevean con un grado de pormenorización importante no sólo los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas. Ello sin duda, además de conseguir atraer la concurrencia por restar dudas frente a la arbitrariedad ayuda a motivar la propia adjudicación.

El acuerdo de adjudicación señalaba resumidamente los criterios donde la adjudicataria ha obtenido la mejor valoración y acompañaba una tabla resumen con las puntuaciones detalladas para cada empresa y aspecto a valorar. El Tribunal afirma que tal acuerdo pudiera considerarse insuficientemente motivado, si no fuera porque el Pliego de Condiciones Particulares detalla los aspectos o subcriterios a valorar, los puntos máximos asignados a cada uno y el método de puntuación, de modo que lo aproxima bastante a la valoración mediante fórmulas.

«Al acompañar al acuerdo la tabla de puntuaciones, se proporciona información suficiente para que el licitador pueda conocer las razones de la adjudicación y, eventualmente, interponer recurso fundamentado. Basta con contrastar la puntuación otorgada con la fórmula que figura en los pliegos para saber si se ha valorado o no correctamente la propia oferta y cuáles han sido las razones para valorar la de la adjudicataria».

En el mismo sentido puede verse la Resolución del mismo Tribunal 198/2012 de 20 de septiembre de 2012 en que se consideraba que la notificación de las puntuaciones obtenidas, desglosada en criterios y subcriterios no es suficiente para que los licitadores puedan interponer un recurso especial suficientemente fundado.

«... en ningún caso esa información numérica, que se detalla mediante cuadros, permite (...) interponer reclamación suficientemente fundada, pues con la información que se le proporciona sólo conoce la puntuación que se ha asignado en cada criterio/subcriterio tanto a su oferta como a la del otro licitador, y aun cuando esas puntuaciones puedan asociarse a distintos niveles de calidad o cumplimiento definidos en el pliego (...) ello no permite conocer las características y ventajas de una proposición sobre otra que es lo que en definitiva permitiría a cualquiera de los licitadores recurrir la adjudicación del contrato con base a la valoración realizada».

Resulta de interés la Resolución 189/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales que afirma que la notificación es un acto distinto del acto notificado y que no cabe, en definitiva, anular la adjudicación por una inmotivada notificación si el expediente de adjudicación sí estaba motivado.

«Tiene este Tribunal ya declarado de forma reiterada (Resolución 272/2011), que la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de forma que si de la documentación incorporada al expediente se deriva que el acto de adjudicación está suficientemente motivado, aun cuando la notificación del mismo haya sido realizada incorrectamente, no concurriría causa suficiente para anular la adjudicación por falta de motivación».

5. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

5.1. El procedimiento negociado

En el año 2011 fue cuando se dictó la Resolución 50/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, que pretendía poner fin a una de las prácticas más habituales en la gestión de la contratación, utilizar el procedimiento negociado y además sin negociar. Esta resolución anulaba una adjudicación donde no existían criterios de negociación y donde tampoco existían fases de negociación, elementos diferenciadores de este procedimiento.

En el año 2012, cabe citar una resolución que no afecta ya al procedimiento sino a la motivación para emplear este procedimiento con un único licitador. La Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012, de 12 de julio de 2012, puso de manifiesto que el procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional, porque supone una quiebra de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos. De esta resolución se desprende la necesidad de que el órgano de contratación esté razonablemente informado sobre si el producto que pretende adquirir se suministra en condiciones de exclusividad por un único operador, o por el contrario, como ocurrió en el supuesto enjuiciado hay distintas empresas que suministran el mismo producto.

5.2. La posibilidad de licitar de los medios propios

No hay pronunciamiento jurisprudencial ni de los órganos de recurso sobre la necesidad de que los medios propios deban contar con medios adecuados y suficientes para prestar el encargo que se les encomienda. En consecuencia tampoco existe mención a una cifra concreta de limitación a la subcontratación de dichos trabajos. Ni la actual Directiva ni la Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo lo limitan. El TRLCSP, sí establece el límite del 50% a la subcontratación en cuanto a los encargos a TRAGSA en la Disposición Adicional 25 TRLCP. Es el único precepto que recoge esta limitación. Los órganos consultivos no han fijado cifras pero sí han determinado la necesidad de que la mayor parte del encargo sea ejecutado por el ente instrumental añadiendo que deberá tener medios suficientes para ejecutarlo.

Así, podemos citar el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda 65/07, de 29 de enero de 2009 «Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión» que al determinar las características que tiene que tener un medio propio afirma que: «habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.»

La Junta Consultiva de Baleares en el informe 1/2010, de 21 de julio dispone que

«El hecho de que el medio propio no disponga de medios suficientes para llevar a cabo el encargo no parece contravenir el derecho comunitario, ni tampoco

hay en el derecho interno una prohibición expresa. Se ha de tener en cuenta que los encargos de gestión a entidades instrumentales tal como se han configurado por la jurisprudencia comunitaria tienen un carácter excepcional y, por tanto, deben ser objeto de una interpretación restrictiva y deben estar justificados. Esta justificación debe responder a razones de economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo, es decir, a una mejor ejecución de la prestación, por lo que su atribución a un ente instrumental (al margen de las normas generales de licitación de la LCSP) implique realmente algún tipo de valor añadido, susceptible de apreciación o medible cuantitativa y / o cualitativamente (...)».

«... la entidad que tiene la consideración de medio propio y servicio técnico debe disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar, al menos, la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que, para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del encargo, pueda suscribir algún contrato con un tercero».

El Informe 2/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión o de ejecución afirma que la inexistencia de un límite de porcentaje para la contratación con empresarios colaboradores en suministros o servicios, nos plantea la duda sobre el momento en el cual verdaderamente la actuación encomendada ha sido contratada a un tercero bajo su riesgo y ventura, de modo que el ente instrumental pasa a gestionar la actuación en lugar de ejecutarla. Asevera también que no hay un límite absoluto a la colaboración con empresarios particulares y que no es aplicable el límite del 50%

«... se aboga por entender que no existen límites en la colaboración de empresarios particulares, sino diferentes maneras de justificación de los fondos empleados en la ejecución del encargo o encomienda. Y puesto que el beneficiario de los fondos es el ente instrumental, lógico es la fiscalización de la disponibilidad del crédito con motivo del encargo o encomienda, sin que sea preciso fiscalizar los importes concretos de los contratos que van a ser firmados, sea cual sea el sistema de justificación. Ello es así porque si el sistema de justificación fuera a ser el de costes reales incurridos, se podría producir las minoraciones de crédito bien en la liquidación de la actuación, bien tan pronto como se conozca que parte del crédito no se prevé que deba ser dispuesto.

(...) 2. El encargo de ejecución o encomienda de gestión, referida a una actuación podrá provocar la ejecución de la obra con los medios humanos y materiales propios del ente instrumental y, en su caso, la colaboración de empresarios particulares, cualquiera que sea el porcentaje; o bien la contratación de la actuación en su conjunto a un tercero, en cuyo caso la intervención del ente instrumental se produce como servicio de gestión de la actuación. 3. Como poder adjudicador, la empresa deberá cumplir con las disposiciones armonizadas de contratos públicos, en materia de fraccionamiento de contratos, aplicando las reglas establecidas para los lotes en los contratos superiores a umbrales. 4. El sistema de justificación

más apropiado sería por tarifas representativas de los costes reales cuando el ente instrumental asuma la mayor parte del riesgo y ventura. 5. Al contrario, cuando el riesgo y ventura se traslade a un contratista total o mayoritariamente, se produciría la justificación con los costes reales incurridos directamente en la prestación de terceros, mas la facturación del porcentaje de costes corporativos. El ente instrumental podrá percibir tarifas por las unidades realizadas con carácter accesorio facturando dichas tarifas, conjuntamente con el referido porcentaje o tarifa de gestión».

La importancia de esta cuestión radica en que si se hace un encargo a un ente instrumental que no dispone de los medios para llevarlo a cabo y, por tanto, este ente se limita a sustituir la Administración en la posición de entidad Contratante, sin asumir la ejecución efectiva del encargo, podría suceder que el ente que hace el encargo acudiera a un ente instrumental con la finalidad de alterar el régimen del contrato, con la consecuencia que podría suponer que el órgano de contratación puede elegir libremente un régimen contractual u otro. Este criterio implicaría ir más allá de lo que es una cuestión de autoorganización, que es el aspecto que considera la normativa comunitaria para admitir que la Administración se pueda despojar de unas prerrogativas atribuidas por el derecho interno sin causa que lo justifique.

Véase al efecto la reforma llevada a cabo sobre el artículo 8.5 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero.

5. «Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.

A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.

Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.

Los encargos en los que se pretenda superar dicho límite deberán ser publicados en el Portal de Contratación de Navarra».

El Acuerdo 25/2011, de 9 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón trata del recurso especial presentado contra el procedimiento de licitación denominado «Destrucción, transformación de cadáveres de animales y sus subproductos en harinas y grasas, el posterior transporte de las harinas y grasas obtenidas en la transformación y la eliminación de las harinas y grasas producidas mediante procedimientos autorizados», promovido por la Sociedad de Infraestructuras Rurales Aragonesas, SA (SIRASA), medio propio del Gobierno de Aragón. En él el Tribunal concluye que SIRASA tiene la consideración de poder adjudicador ex artículo 3.3. LCSP y puede licitar cualquier prestación necesaria y conveniente para el cumplimiento de las funciones en este caso encomendadas. Por ello, careciendo de propios medios para la prestación, y siendo necesaria para el cumplimiento del servicio público encomendado, esta entidad puede –y debe– licitar el contrato ahora recurrido que, por aplicación del artículo 10 LCSP, es un contrato típico de servicios que se integra en la prestación del servicio público encargado a SIRASA.

5.3. Vulneración de la normativa sobre propiedad industrial

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 7/2012, de 6 de febrero, dictado en relación con la contratación del «suministro de antisueros de histoquímica» declaró que la adjudicación a la empresa DAKO vulneraba la normativa sobre propiedad industrial por cuanto la recurrente, MTM» tiene diversas patentes sobre el producto CINTEC Histology que le convierten de facto en la única empresa que comercializa el anticuerpo frente a P16 para uso clínico» a la vista también de que no existía acuerdo de distribución con DAKO para la comercialización de estos antisueros.

5.4. Subrogación de trabajadores: ¿existe el deber de comprobar la suficiencia de costes del condicionado o la oferta respecto del personal a subrogar?. Su relación con las ofertas anormalmente bajas. Adecuación del presupuesto de licitación al mercado

En diversas ocasiones se ha planteado ante los órganos de recurso la cuestión de cómo afecta a la adjudicación del contrato el defecto en la información sobre la subrogación del adjudicatario en las relaciones laborales con los trabajadores que con anterioridad estuviesen ejecutando el contrato, empleados por el anterior adjudicatario. De ello ya

hablamos el pasado año. Pero lo cierto es que se la cuestión no deja de estar de actualidad.

Con frecuencia las nuevas contrataciones donde existe la obligación de subrogación (*ex lege* o *ex contractu*) cuentan con un menor importe económico que en la contratación que dio origen a la subrogación – entendemos que con un objeto correlativamente más reducido–. La crisis económica y los modificados a la baja han conllevado así la existencia de contratos con una carga de subrogación mayor que la necesaria para prestar el nuevo contrato. Ante ello han sido numerosos los recursos frente a condicionados por entender que con la cantidad que se presupuestaba no era suficiente para el abono de los costes de personal y otras incidencias que ahora estudiaremos.

Ejemplo de ello es la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 66/2012, de 14 de marzo de 2012. En el recurso se impugnan los pliegos para la contratación del servicio de limpieza del I. Salud Carlos III. La cuestión de fondo se contrae a determinar si el precio de licitación del contrato es inferior al coste del servicio, así como si la información del personal a subrogar –con motivo de la adjudicación del contrato– incluida en los pliegos es suficiente para que los licitadores al formular su oferta conozcan todos los datos que puedan influir en la misma. La recurrente alegaba que el precio del contrato recogido en los pliegos no es conforme con lo establecido en el artículo 87 del TRLCSP, ya que no es posible valorar los costes que tendrán las reducciones en las horas de limpieza –respecto del contrato anterior– para las empresas, y éstos no se contemplan en el precio. Añadía que, los pliegos y el listado de personal a subrogar arrojan un total de horas de trabajo muy superior a las que se exigen en los pliegos, estableciendo el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo de empresas de limpieza que los trabajadores que se subroguen lo serán en las mismas condiciones y derechos, lo que incluye jornada y salario, habiéndose calculado el precio de licitación en base a esa reducción y no al coste real del servicio. Entiende que la reducción citada vicia el contrato, puesto que la empresa adjudicataria del contrato va a cobrar menos horas de las que va a pagar a los trabajadores y en caso de que se reduzcan las horas de la plantilla se van a encontrar con una enorme cantidad de reclamaciones que seguramente prosperarán e irán a su costa.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe, amén de la cuestión del plazo de interposición del recurso, ya resuelta, discrepa de las alegaciones del recurrente por cuanto considera que la información

contenida en los pliegos es suficiente para determinar el coste de las indemnizaciones que pudiera tener que afrontar el adjudicatario en caso de reclamación de los trabajadores. Señala también que la disminución en el horario de trabajo se ha realizado evaluando la carga real de las dependencias a limpiar considerando que las zonas de despachos disminuyan la frecuencia de limpieza un 50%, quedando suficientemente cubiertas sus necesidades de limpieza y justificando la reducción de horas en cuanto a la prestación del servicio de limpieza en las restricciones presupuestarias que rigen en el momento actual.

Tras citar el artículo 120 TRLCSP recuerda el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/1999, de 30 de junio.

«En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala "La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley (...)».

Tras lo anterior, el Tribunal afirma observar que los pliegos de condiciones contienen la información necesaria para que los licitadores aplicando los costes salariales del convenio colectivo en vigor conozcan la retribución que deben satisfacer a los trabajadores en los que se deben subrogar, así como en su caso las posibles indemnizaciones a pagar con motivo de la reducción de horas en la prestación del servicio. No obstante, el propio Tribunal señala que cuestión distinta es que si los licitadores, a la vista de los cálculos realizados, considerando, en su caso además, los gastos generales de la empresa y el beneficio industrial, están o no interesados en licitar.

En el mismo sentido, se pronuncia la Resolución Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 55/2011, de 19 de septiembre de 2012, que recuerda que la subrogación es una obligación legal, no convencional. En este supuesto se discutía si al personal a subrogar le era aplicable o no un convenio extra estatutario –el contrato de trabajo de los trabajadores a subrogar determinaba como aplicable un convenio que había sido anulado pero que continuaba man-

teniendo vigencia como convenio extra estatutario—. El Tribunal hacía hincapié en que la determinación del convenio colectivo a aplicar no es determinante para el examen de la obligación de subrogación. Afirma que la exigencia de subrogación es legal. Viene exigida por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que, serán los trabajadores afectados quienes deban exigir su aplicación, siendo el deber de la Administración informar de ello, sin que la vigencia o no del convenio colectivo sea vicio alguno.

Ello no obsta, para que como también señaló este Tribunal en sus Resoluciones 149/2012, 150/2012 y 151/2012, de 5 de diciembre de 2012, que deben tomarse en cuenta los convenios colectivos del sector correspondiente « como indicadores a tener en cuenta, al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato».

De interés resulta también la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 136/2012, de 20 de junio de 2012. La recurrente solicitaba la anulación de la adjudicación por entenderla incurso en temeridad. La motivación que ofrecía tenía que ver con el importe ofertado por la adjudicataria «no cubren ni el coste legal de las trabajadoras a subrogar». Alega que el coste de ese personal, de acuerdo con las tablas salariales de 2011 del Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil, es superior a la oferta de la adjudicataria, aun sin computar los gastos de mantenimiento y compras del servicio licitado. El Tribunal no consideró tal argumentó y ratificó el acuerdo impugnado sobre la base de que no se fijaba tal criterio en el condicionado.

«La presunción de temeridad ha de establecerse siempre en comparación con las restantes proposiciones y no en relación con el grado de cumplimiento del convenio colectivo que sea de aplicación. A tal efecto, al tratarse de una licitación con diversos criterios de valoración, ha de estarse a lo establecido en el artículo 152 del TRLCSP que, en su apartado 2, dispone: "Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

De acuerdo con este artículo del Reglamento, al concurrir tres licitadores se considerarían, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que ... sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las

IX. OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS...

ofertas presentadas...'. Pero como bien argumenta en su informe el órgano de contratación, la oferta adjudicataria no está por debajo de ese umbral del 10% (es sólo un 4,2% inferior a la media) por lo que no cabe apreciar presunción de 'temeridad' en la misma. Por otra parte, si la recurrente consideraba incorrectas las condiciones establecidas en el pliego para determinar las ofertas que podrían encontrarse en 'baja desproporcionada', debería haber impugnado los pliegos en el momento procedimental oportuno."

Respecto a las alegaciones de la recurrente sobre la imposibilidad de que con la oferta de la adjudicataria se cubran siquiera los costes de personal derivados del convenio colectivo del sector, aparte de poner de manifiesto, como hace el órgano de contratación, que está previsto que la adjudicataria perciba otros ingresos por el servicio en licitación, este Tribunal ya se ha manifestado en múltiples ocasiones en el sentido de que no se puede rechazar una proposición o impedir la adjudicación de un contrato por la única causa de un hipotético incumplimiento de las tablas salariales de un convenio colectivo. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en el mismo sentido en diversas ocasiones, entre otras en su informe 34/01 de 13 de noviembre de 2001 que cita también el órgano de contratación en su respuesta al recurso, y que concluye: "La circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares"».

Ver en el mismo sentido las resoluciones del mismo Tribunal, 292/2012, de 5 de diciembre de 2012, o 310/2012, de 28 de diciembre de 2012.

El Acuerdo 40/2012, de 18 de agosto de 2012, resuelve el recurso especial, interpuesto por un licitador no adjudicatario contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Prestación del servicio de limpieza de diversas dependencias de la Excm. Diputación Provincial de Zaragoza. El adjudicatario realizó una oferta anormalmente baja y el recurrente considera que la oferta adjudicataria no puede ser cumplida determinando el Tribunal que no es competencia suya valorar si la oferta puede ser o no cumplida.

«... no pueden desvirtuar esta conclusión las argumentaciones que CLECE realiza respecto de que «el precio total ofertado por cada lote es inferior al precio/hora establecido por el convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y locales de Zaragoza», y que intenta contrarrestar la unidad gestora del expediente en su informe mediante cita del criterio doctrinal mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (entre otros, en su Informe 34/

2001). Y ello porque según doctrina consolidada del TACRC, compartida por este Tribunal, que se ha pronunciado sobre la cuestión en diversas resoluciones, entre otras en la de 16 de mayo de 2012, dictada en el recurso número 94 de 2012: «... el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético cumplimiento, sin perjuicio de que pueda resultar aplicable lo previsto en el artículo 152 del TRLCSP para las ofertas con valores anormales o desproporcionados para aquellos supuestos, como el del expediente aquí impugnado, en los que el pliego prevea su aplicación cuando deba considerarse más de un criterio de valoración.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha manifestado en diversas ocasiones (informes 34/99 de 12 de noviembre de 1999 y 34/01 de 13 de noviembre de 2001, entre otros) que, cumplido el requisito de que las proposiciones económicas no rebasen al alza el presupuesto base de licitación, "la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente, al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos..., que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral. (...) el rasgo característico fundamental de la regulación de bajas temerarias u ofertas anormalmente bajas en la terminología de las Directivas comunitarias y, precisamente, por influjo de estas últimas, es el de evitar el rechazo automático de las proposiciones incursas en presunción de temeridad efectuando, previamente a la adjudicación o rechazo, una verificación o comprobación de la susceptibilidad de cumplimiento y que la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado (en la actualidad, la remisión sería al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso"».

Ver en el mismo sentido Acuerdo del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 75/2012, de 11 de julio de 2012, o Resolución 19/2012, de 16 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

5.5. Solicitud de aclaración de ofertas por los órganos de contratación

Sobre la necesidad de conceder plazo de aclaraciones a ofertas am-

biguas se ha pronunciado el Acuerdo 15/2012, de 27 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Ello lo considera adecuado al principio de buena administración, con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken NV. En este mismo acuerdo, por el contrario, se pone de manifiesto la imposibilidad de subsanar el incumplimiento formal y material de la proposición económica. En particular, cuando el error o la omisión en los datos imposibilitan a la Mesa conocer la verdadera intención del licitador, sin que quepa suplantar su voluntad. Ello porque el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera.

En el mismo sentido, la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 64/2012, de 7 de marzo de 2012, incide en la necesidad de solicitar aclaraciones (la resolución presenta también interés por dictaminar que un error solo determina la exclusión del licitador cuando hace inviable la oferta).

«Cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales de redacción, el Tribunal de Primera Instancia ha calificado como contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en la formulación de una oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (Sentencia de 10 de diciembre de 2009 [TJCE 2009, 386]; As. T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56). Reconocer en tales casos una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato.

El principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación –en este caso a la mesa de contratación–, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste».

Además, la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 121/2012, de 23 de mayo de 2012, reafirma la obligación no sólo de solicitar aclaraciones sino de contestar las justificaciones del licitador antes de desechar una oferta temeraria.

5.6. Secreto de las proposiciones

Otra cuestión analizada por varios órganos de recurso es el secreto de las proposiciones presentadas en un procedimiento de adjudicación. El artículo 145.2 del TRLCSP determina que:

«Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo».

Asimismo, el artículo 160.1 del TRLCSP (anteriormente, artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público) establece para el procedimiento abierto que:

«El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, –documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos–, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)».

Finalmente, el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 61/2012, de 29 de febrero, relaciona este derecho con el principio de igualdad de trato ante la necesidad de que la documentación del sobre relativo a los criterios evaluables de forma automática no puede incluirse en el sobre de criterios subjetivos pues con ello se infringe el deber de secreto de las proposiciones. Ello porque el Tribunal valorada esa oferta con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras.

El mismo caso y solución se daba en la Resolución 2/2012, de 13 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León que entendía que la necesidad de garantizar la separación de fases tenía que ver con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Con el mismo criterio, intrascendente, considera, el mismo Tribunal en su resolución 79/2012, de 30 de marzo, la inclusión en el sobre de criterios subjetivos (nº 2) de documentación relacionada con la solvencia técnica (en concreto unos certificados de disponibilidad de habitaciones para vacaciones de personal de la Guardia Civil). Ello porque no se trataba de documentación sometida a valoración.

Al contrario, la Resolución 28/2012, de 20 de marzo de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía excluía la oferta de una empresa que presentaba en el sobre de documentación general la documentación exigida en el sobre nº 2 (proposición técnica). Ello porque ante el deber de que la documentación general que acredita el cumplimiento de los requisitos previos ha de presentarse en sobre separado de aquél que contenga la proposición, cree que ello puede producir ventajas a tal licitador respecto a otros:

«... si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP».

5.7. La exigencia de «marcas blancas» no pueden ser un criterio de adjudicación

Es destacable el análisis realizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en sus Acuerdos 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, y 39/2012, de 12 de septiembre de 2012. Se trataba de una licitación para el «Suministro de productos de base alcohólica (PBA) para la antisepsia de manos con destino a los Centros del Servicio Aragonés de Salud», cuyo pliego de prescripciones técnicas exigía como «condición general de ejecución del suministro» que los productos objeto del expediente deberían ser suministrados bajo la marca «SALUD» (marca blanca). Afirmaban además que no se podrá hacer uso de la licencia de la marca «SALUD» para otro uso que no sea el de la presentación del producto adjudicado y compelia a todas las empresas adjudicatarias a cumplir toda la normativa vigente relativa a la utilización de la marca blanca.

El Tribunal advierte que el artículo 22 TRLCSP exige motivar la idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el mismo; que deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación para concluir la inadecuación de dicha cláusula por entender que debió figurar en el condicionado administrativo y no en el técnico.

«El Pliego de Clausulas Administrativas Particulares es la ley del contrato

(STS 25 de mayo 1999), y el instrumento que determina los derechos y obligaciones de las partes y el objeto del contrato, entre otras prescripciones, por lo que debe asumirse por el contratista y la Administración lo allí establecido (STS de 1 de octubre de 1999), salvo que lo previsto no fuera conforme a derecho. Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP. Este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación».

En lo que atañe a la exigencia del suministro del producto como marca blanca aclara que:

«Por otra parte, la pretensión de omitir u ocultar la propia marca del adjudicatario, aun como prescripción técnica, puede resultar contraria a la legislación mercantil y administrativa. La marca es un valor propio de la empresa cuya renuncia no puede imponerse, pues forma parte de su propia identidad y política empresarial. La imposición de la renuncia a la marca, al limitar la oferta de empresas, puede contravenir la regla de eficiencia inherente al derecho a una buena administración. Y no puede servir de cobertura, en ningún caso, el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 25 TRLCSP, que tiene como límites los de concurrencia, igualdad de trato y delimitación precisa del objeto contractual. Además, si lo que se pretende en esta licitación es adquirir «marca blanca», esta exigencia es contraria a la previsión del artículo 22 TRLCSP, al modificar el objeto del contrato, en tanto se obliga al adjudicatario a suministrar un producto distinto del adjudicado quebrando así la regla de comparación de ofertas –y de igualdad de trato– inherente a todo contrato público».

Sobre las exigencias del pliego de prescripciones técnicas particulares restrictivas que conllevan vulneración de la competencia puede verse la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 91/2012, de 24 de agosto de 2012, y 94/2012, de 12 de septiembre de 2012.

5.8. La posibilidad de incluir dentro de un mismo contrato objetos distintos

Las sinergias propias de las economías de escala hacen tender a las Administraciones a agrupar distintos objetos, en especial distintos servicios. Con ello se pretende unificar y centralizar la gestión, reducir costes contractuales, ... No obstante, ello pudiera verse como una limitación a la actividad del mercado. Frente a empresas dedicadas solo a un objeto, a un servicio, la agrupación de varios servicios podría pensarse que favorece no tanto a PYMES sino a grandes corporaciones empresa-

riales con amplios objetos sociales. Sin embargo, cuando en este año 2012 se ha planteado la cuestión ante los órganos de recurso la respuesta ha sido permitir este tipo de contrataciones. Contrataciones que tienden a lo que se denomina el «nuevo modelo de gestión pública», que frente a la contratación y control del personal busca el control y cumplimiento de objetivos previamente definidos. Un ejemplo claro son los contratos de servicios energéticos. En un solo contrato pueden aglutinarse el suministro eléctrico, de gas, de agua, el mantenimiento de las instalaciones y las inversiones para garantizar ahorros energéticos y mejoras en el servicio.

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 58/2012, de 22 de febrero de 2012, autorizaba una operación de este tipo –si bien anulaba la licitación por otra cuestión, la imposición inadecuada de la obligación de subcontratación–. Para ello se apoyaba en su Resolución 188/2011 de 20 de julio de 2011.

«De esta manera, la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, constituyendo las diversas prestaciones que forman parte del objeto, materia de la misma naturaleza, como también se analiza a continuación. A mayor abundamiento, es el informe 57/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la que aborda con acierto el tema y es citada parcialmente por el recurrente. Dice literalmente aquél que:

Como se puede apreciar, de conformidad con el criterio de la Junta es necesario distinguir entre las prestaciones que se configuran como unidades por su propia naturaleza respecto de las cuales sólo cabe el fraccionamiento cuando se cumplan los requisitos estrictos del artículo 74, y aquellas otras que tienen su propia individualidad y que por razones de índole práctica se pueden agrupar para su adjudicación en un solo contrato, pero que admiten, sin menoscabo alguno, su consideración por separado, de tal forma que la ejecución de cualquiera de ellas no está condicionada por la ejecución de ninguna de las demás ni individual ni conjuntamente consideradas. De tal manera que, en el caso que nos ocupa, aunque las prestaciones pudieran ser unidades independientes, se aprecia que concurre un componente práctico, al margen de concurrir una optimización de la ejecución global del contrato, en tanto que, por ejemplo, es necesario y práctico que, además de prestar servicio de seguridad de edificios, se preste el servicio de protección de incendios, o el mantenimiento de extintores, pues son actividades muy relacionadas. Todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación, con diversidad de prestaciones, intrínsecamente relacionadas, además de introducir el elemento de la practicidad, como reconoce en su informe la Junta».

Para terminar afirmando que tanto, la posibilidad de integrar en el

objeto del contrato, por motivos de índole práctica, prestaciones susceptibles de ser consideradas aisladamente como constitutivas de otros tantos contratos forma parte de la voluntad del órgano de contratación.

En el mismo sentido, la Resolución del Tribunal de Contratación Pública de Madrid 143/2012, de 23 de noviembre de 2012, avalaba la posibilidad de licitar conjuntamente un contrato mixto de *renting* (suministro de equipos) y servicios (mantenimiento de los ya existentes).

5.9. Unificación de una multiplicidad de contratos del mismo objeto. ¿Barrera a la libre competencia?

Es también frecuente que en una misma Administración el mismo servicio, por ejemplo la limpieza de un edificio, se contrate de forma separada (en el ejemplo, se contratarían independientemente la limpieza de cada edificio o sedes de la respectiva Administración). Es también en esta época cuando está creciendo la unificación de contratos de objeto similar. Con ello parece pretenderse que ante contratos de mayor volumen y de similares características los precios ofertados sean más ventajosos. Ello corre, no obstante, el riesgo de crear contratos demasiado voluminosos que impidan el acceso a los mismos por las PYMES. En este sentido, el artículo 44 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública prevé que los contratos públicos se dividan en lotes –homogéneos o heterogéneos– con el fin de hacerlos más accesibles para las PYME. Siempre pensando en contratos SARA o en aquellos de importe no inferior a 500.000 euros, alude a la necesidad de división en lotes. Exige que en todo caso si el contrato no se dividiera en lotes el poder adjudicador motive las razones para ello en el propio anuncio de licitación.

La Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 148/2012, de 12 de julio de 2012, versaba sobre un recurso frente a un «Acuerdo Marco para los servicios de limpieza en las instalaciones del Ministerio de Defensa en todo el territorio español». La asociación recurrente discutía si un acuerdo marco con un solo proveedor era una barrera a la libre competencia. En este particular, la asociación recurrente reclama que debiera haber más lotes (de menor tamaño y ámbito geográfico) para propiciar que pudieran acceder a la licitación también las pequeñas y medianas empresas del sector.

Al respecto, el artículo 86 del TRLCSP, relativo al objeto del contrato, en su apartado 2 recoge la regla general de no fragmentación del contrato y de evitar su fraccionamiento artificial con la intención de

soslayar los requisitos de publicidad o procedimiento, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

El Tribunal avaló la explicación del órgano de contratación en cuanto a la determinación de los lotes.

«El tamaño de los lotes se justifica en el expediente por las características de los objetivos perseguidos: reducción del gasto, simplificación de la contratación y racionalización del servicio. Por ello, los lotes deben tener un tamaño suficiente para permitir el logro de tales objetivos. Con ese condicionante del tamaño, que se analiza en el fundamento siguiente, el optar por configurar lotes por áreas geográficas o funcionales (lote 8), como argumenta el órgano de contratación en su informe, "precisamente favorece la concurrencia, al permitir la participación de empresas con implantación regional, y no necesariamente nacional". En este caso, el principio de eficiencia se plasma en objetivos de racionalización de la contratación y de reducción del gasto, no compatibles con una dispersión de la Contratación. Tal dispersión podría propiciar el acceso a las licitaciones de las pequeñas y medianas empresas del sector, pero sería contraria a los objetivos indicados y podría ser menos respetuosa con principios como los de publicidad y transparencia en los procedimientos que son también salvaguarda de la libre competencia. La articulación de la licitación, tal como está diseñada en el acuerdo marco recurrido, tiene todas las garantías de publicidad y transparencia y, entre otras novedades que desarrollan la competencia, prevé la adjudicación mediante el procedimiento de subasta electrónica basada en mejoras sobre el precio total ofertado».

Por su parte, la Resolución 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, del mismo Tribunal determina que el carácter restrictivo de la competencia debe probarlo el recurrente.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 92/2012, de 12 de septiembre de 2012.

5.10. La confidencialidad de las ofertas de los licitadores

La confidencialidad es un derecho de los licitadores recogido en los artículos 6 y 41 de la Directiva 2004/18/CE. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), aborda esta cuestión en los artículos 140 y 153. Como ha puesto de manifiesto con gran acierto el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón el problema se encuentra en el alcance de este derecho, lo que conlleva

la correlativa necesidad de fijar sus límites, siendo al efecto relevante conocer la STJUE de 14 de febrero de 2008 (Caso Varec-Bélgica).

Al igual que ya ocurrió en el año 2011, en 2012 esta cuestión ha sido objeto de enjuiciamiento por los órganos de recurso especial en la misma línea doctrinal.

Así la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 62/2012, de 29 de febrero de 2012, aclara que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

«AIR-RAIL, SL, ha señalado confidencial la totalidad de la documentación que compone su proposición (sobre 1 de documentación administrativa; sobre 2 de solvencia técnica, económica y financiera; sobre 3 de documentación técnica, y; sobre 4 de proposición económica) sin referirse por tanto a los aspectos concretos de su oferta que debieran ser mantenidos bajo secreto, pues, según parece, considera que toda su documentación tiene el carácter de secreta y por tanto confidencial. A estos efectos, este Tribunal entiende que:

Esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 124.1 de la LCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 135.4 de la propia LCSP (art. 151.4 TRLCSP)».

V. DOCUMENTOS DE INTERÉS

Memoria del I Encuentro de Coordinación entre los distintos Órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia contractual del TRLCSP

Los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), regulan el recurso administrativo especial en materia de contratación, el ámbito objetivo, subjetivo y el procedimiento para su tramitación.

El artículo 41 del citado TRLCSP regula los órganos competentes para la resolución del citado recurso especial. En distintos contactos mantenidos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad se ha manifestado la conveniencia, e incluso la necesidad de establecer un encuentro de coordinación, para poner de manifiesto los principales problemas y cuestiones técnico-jurídicas que se han planteado en la experiencia de funcionamiento de los indicados órganos, así como los distintos criterios sentados por cada uno de ellos para su tratamiento o solución

Atendiendo a dicha necesidad, la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, tomó la iniciativa de proceder a una convocatoria de los citados órganos estatal y autonómicos encargados de la resolución del recurso especial, así como al órgano autonómico creado para la resolución de los recursos contractuales en la Asamblea de Madrid. Al efecto se procedió a cursar invitación a los siguientes órganos:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
- Tribunal de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid

- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco
- Tribunal de Contratación Pública de Castilla y León

No se cursó invitación a los órganos de las Comunidades Autónomas que, sin constituir un órgano ad hoc, tienen también encargada la competencia de la resolución de un recurso especial, como son la Comunidad Foral de Navarra que encomienda tal función a la Junta Consultiva de Contratación y la Comunidad de las Islas Baleares, que también encomienda esta competencia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para el recurso creado por su propia Ley de contratos, habiendo firmado un Convenio con el TCRC para el recurso especial del TRLCSP.

Todos ellos confirmaron la asistencia al encuentro, al que asistieron, además de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Presidenta y dos Vocales), anfitrión del evento:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: Presidente y dos vocales
- Tribunal de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid: Presidente
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: Presidente y Secretaria.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: Presidente
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: Presidente
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco: Presidente
- Tribunal de Contratación Pública de Castilla y León: Secretario General y dos vocales

Previamente a la reunión se elaboró por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, como organizador del encuentro, un dossier con material de trabajo que incluía documen-

tación relacionada con cada uno de los asuntos a tratar, según el orden del día elaborado de acuerdo con las propuestas recibidas por los diferentes órganos participantes. En dicha documentación figuran una serie de Resoluciones de los distintos órganos encargados de la resolución del recurso especial que se consideran relevantes en relación a los temas que figuran en el orden del día, así como un estudio elaborado por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en relación al cómputo del plazo para la interposición del recurso en los supuestos de notificaciones defectuosas o en los supuestos en que se ha producido la formalización del contrato.

El índice de los temas a tratar y el resultado del encuentro en cada uno de ellos fue el siguiente:

I. REFORMAS A INTRODUCIR EN LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE CARA A UNA FUTURA NUEVA LEY DE CONTRATOS (O UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA VIGENTE)

El Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, D. Juan José Pardo García-Valdecasas, expone la posible aprobación de tres nuevas Directivas de la Unión Europea en materia de contratación lo que necesariamente supondrá la transposición de una nueva regulación a la normativa nacional con anterioridad a 2014, momento adecuado para la introducción de las modificaciones, en especial las relativas al recurso especial en materia de contratación, cuya necesidad se ha demostrado en la experiencia en la aplicación del actual texto legal regulador de la contratación del sector público.

Como principales novedades de la nueva regulación destaca que desaparece el actual anexo II del TRLCSP, no diferenciando los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada de los que no lo están en función de la categoría en que estén clasificados en dicho anexo. La nueva regulación incluirá una nueva clase de contrato típico: el de concesión de servicios, evitando así la actual diferencia de la regulación española que cuenta con una categoría no incluida en las Directivas europeas, cual es el contrato de gestión de servicios públicos. Esta nueva clase quedaría sujeta al recurso especial en materia de contratación, atendiendo al valor real de los servicios contratados y desapareciendo el actual concepto de gastos de primer establecimiento como determinante de la posibilidad de acudir al procedimiento negociado o la susceptibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos.

A su vez considera que es el momento de ajustar el procedimiento regulador del recurso especial en materia de contratación realizando las modificaciones legislativas necesarias en base a la experiencia del funcionamiento de los órganos encargados de la resolución del mismo aquí reunidos. Al efecto solicita de los presentes la comunicación de ideas sobre las modificaciones legales que se consideren oportunas incluir con tal motivo o con ocasión de una reforma parcial de la ley.

1. En primer lugar se manifiesta la conveniencia de regular de forma más clara la necesidad de motivación de las adjudicaciones y el contenido de sus notificaciones a efectos de evitar que los órganos de contratación puedan no incluir en las mismas la información suficiente para que los interesados, en su caso, puedan interponer el correspondiente recurso, señalando expresamente el contenido que han de tener y las consecuencias de su ausencia para que una conducta obstinada del órgano de contratación no impida el derecho a un recurso rápido y eficaz.

2. La experiencia, por otra parte, ha demostrado la innecesaridad del anuncio previo de interposición del recurso. Dado que la finalidad del mismo es prevenir al órgano de contratación de la impugnación de algún acto del procedimiento de adjudicación con el fin de evitar que se continúe con una tramitación del procedimiento que pudiera dar lugar a situaciones de ilegalidad consolidadas, y el procedimiento de recurso establece como especialidad la obligación de presentar el mismo exclusivamente bien ante el órgano de contratación bien ante el órgano encargado de resolverlo para evitar la formalización del contrato, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación con la presentación del recurso dentro de plazo éste ya conoce su existencia y, en su caso, los efectos suspensivos automáticos que lleva aparejados. Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos, cumple la misma función preventiva, lo que demuestra su innecesaridad. Así lo han venido manteniendo, por otra parte, distintas Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso, con lo cual el incumplimiento del trámite ni siquiera se ha considerado que precise ser objeto de subsanación.

Por lo tanto se propone que se suprima este trámite.

3. En otro orden de cosas se plantea la necesidad de aclaración de

la posibilidad de presentación de documentación distinta al propio recurso en otros registros distintos al del órgano de contratación o al del órgano encargado de resolverlo. De la literalidad del artículo 46.1 del TRLCSP en cuanto al procedimiento de tramitación de los recursos especiales en materia de contratación, este se regirá subsidiariamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre TRLCSP con las especialidades que se recogen. De ello se desprende que la particularidad de tramitación del recurso relativa al lugar de presentación (necesariamente ante el órgano de contratación o el propio órgano de resolución), establecida expresamente en el TRLCSP se refiere exclusivamente a la presentación del mismo recurso, no extendiéndose a los sucesivos trámites de alegaciones, prueba, etc., siendo en consecuencia de aplicación la citada Ley 30/1992, con el régimen general de presentación de escritos en cualquier registro o por correo.

Sin embargo, la especialidad de la tramitación y los plazos breves para la resolución del recurso especial aconsejan que, mientras se produce esta aclaración/modificación legal, se adopten por cada órgano los mecanismos tendentes a que los demás trámites se realicen también, mediante la presentación de escritos o ante sus propios registros o los del órgano de contratación, bien indicándolo así en las notificaciones que se remitan a los interesados en las distintas fases del procedimiento o solicitando en el caso de que se opte por acudir al sistema general de presentación de escritos que la misma sea anunciada por medios electrónicos o telemáticos. Cabe recomendar también en las notificaciones que la presentación de estos escritos directamente por medios electrónicos.

4. Se considera conveniente que no exista una proliferación excesiva de órganos encargados de la resolución del recurso más allá del nivel estatal y autonómico, pues una excesiva proliferación puede condicionar la imparcialidad y eficacia características del recurso, por ello la nueva regulación legal debería incorporar la ordenación de la planta de los órganos encargados de la resolución de manera limitativa, que se considera no perjudica el principio de autonomía local. Asimismo se considera conveniente que se regule la estructura que han de tener los órganos que se creen, siendo condición indispensable el carácter colegiado de los mismos que, de una parte, es garantía de imparcialidad y de otra de calidad de las resoluciones al tener el control interno de los propios miembros del órgano.

5. Otra de las cuestiones que se plantea es la de la necesidad de regular la posibilidad de suspensión de oficio de la tramitación del expe-

diente de contratación aún en los supuestos en que no ha sido solicitada en el recurso presentado y la necesidad de dar alegaciones a los interesados en este caso. Se manifiesta que tal posibilidad ya está prevista en la legislación vigente pues el artículo 111 de la citada Ley 30/1992, aplicable al procedimiento de recurso prevé la posibilidad de suspensión de oficio o a instancia de parte cuando concurran las circunstancias que el mismo señala.

6. Se plantea también la necesidad de derogar de forma expresa el artículo 87.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye al órgano de contratación la resolución de reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso y en cuanto incompatible con la regulación del recurso. Aunque puede considerarse que este precepto está tácitamente derogado, solo en cuanto a los actos contra los que cabe recurso especial, según la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, «quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente ley», se revela como conveniente la derogación expresa del precepto en la parte en que choca con el recurso especial, debido a que la experiencia ha demostrado que los órganos de contratación en ocasiones, utilizan el trámite como auténtico recurso contra sus resoluciones.

7. Finalmente se somete a consideración la posibilidad de contemplar de forma expresa causas de inadmisibilidad del recurso, como podría ser la falta de legitimación del recurrente cuando se trata de corporaciones o asociaciones representativas de intereses colectivos a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no acrediten el acuerdo del órgano competente para recurrir.

Entre la alternativa de redacción de un texto modificado y la redacción completa de un nuevo texto los presentes unánimemente, consideran que sería más clarificador y conveniente una nueva regulación completa mediante un nuevo texto legal que de seguridad jurídica a la regulación vigente.

II. CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES; ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LA POSIBILIDAD DE CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SOMETIDOS A NUESTRO CONOCIMIENTO CUANDO SEAN DETERMINANTES DE LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANO ENCARGADOS DE LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES Y DETERMINACIÓN DE LOS UMBRALES CUANTITATIVOS DE COMPETENCIA

La congruencia de las resoluciones que, como requisito de las mis-

mas, establece el art. 47.2 del TRLCSP se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución del recurso y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede otorgar más de lo que se hubiere pedido en el recurso ni menos de lo que hubiera sido admitido por el órgano de contratación, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida.

Se plantea a la luz de esta exigencia, la posibilidad de recalificación de la tipificación de los contratos sometidos a conocimiento de los órganos encargados de la resolución del recurso cuando sean determinantes de la competencia de los de los mismos y determinación de los umbrales cuantitativos de competencia.

El supuesto es especialmente aplicable o de interés en los contratos calificados como gestión de servicio público y su distinción respecto de los contratos de servicios. De la calificación dentro de uno u otro tipo depende, entre otras cosas, la posibilidad de interposición de recurso y el importe aplicable para su conocimiento. Así los contratos de gestión de servicios públicos solo serán susceptibles de recurso cuando los gastos de primer establecimiento superen los 500.000 euros y su duración sea superior a cinco años, mientras que los contratos de servicios solo requieren estar sujetos a regulación armonizada o superar los 200.000 euros.

Existen aquí dos posiciones sobre cómo afrontar el tema. Un primera posición mantiene la necesidad de proceder al análisis de la verdadera naturaleza del contrato a fin de determinar la competencia del órgano de resolución de recursos, considerando que si no se procede a tal análisis se producirá indefensión para el recurrente que a causa de una defectuosa calificación del tipo contractual se ha visto privado de la posibilidad de recurso. Además se considera que aunque esta cuestión no se plantee expresamente por el recurrente la determinación de la competencia al ser una cuestión de orden público, puede ser examinada y apreciada de oficio por el órgano de resolución de recursos.

Otra posición considera que la recalificación de la naturaleza del contrato solo sería posible si se interpone recurso contra el anuncio o los pliegos reguladores del procedimiento, pero una vez aceptadas las condiciones del contrato, estas ya no se pueden modificar. Únicamente serían practicables de oficio comprobaciones sobre el importe del valor estimado o errores en la valoración de la cuantía del contrato pero no de su calificación. Mantener que el contrato tiene una naturaleza distinta a aquella con la que fue calificado y tramitado, exclusivamente para

determinar la competencia del órgano encargado de la resolución del recurso supondría que éste se considera competente, o no, en base a una calificación que no es coincidente y que se dictará resolución con arreglo a unos pliegos o documentación que no es la adecuada al contrato, pero manteniendo su validez, cuando lo procedente, en ese caso, sería determinar la nulidad del procedimiento por no ser el adecuado, en cuanto a actos preparatorios y publicidad, respecto del que procedería de haberse tramitado de acuerdo con la calificación considerada correcta.

III. POSIBILIDAD DE EXAMEN DE PLIEGOS NO IMPUGNADOS CUANDO ADOLESCEN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO. EXAMEN DE LAS CAUSAS CONCRETAS. EXAMEN DE LOS PLIEGOS NO IMPUGNADOS CUANDO SE PRODUCE UN USO DISCRIMINATORIO DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN APLICACIÓN DE CRITERIOS DE VALORACIÓN NO RECOGIDOS CORRECTAMENTE EN LOS PLIEGOS

Se comenta brevemente la posibilidad de analizar e incluso de declarar la nulidad de los pliegos cuando indirectamente, a través del recurso de actos de ejecución de los mismos se comprueba su nulidad de pleno derecho, existiendo coincidencia de criterios en este punto entre los asistentes.

IV. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO EN EL CASO DE NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

Entre la documentación entregada a los asistentes figura un estudio realizado por el Tribunal de Contratación Administrativa de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Se hace una exposición resumida del mismo y se dejan las conclusiones hasta un estudio más detenido.

V. FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CAUSA DE INADMISIÓN DEL RECURSO

Se expone la dificultad que representa, tanto para los interesados recurrentes como para los órganos de contratación, la admisión y resolución de recursos una vez formalizado el contrato. Una de las características del recurso especial en materia de contratación es que es precontractual y ha de ser un recurso rápido y eficaz que evite la formalización del contrato. La admisión de recursos una vez producida la formalización e

incluso, a veces la ejecución del contrato, impide que el recurrente obtenga una resolución eficaz más allá de la indemnización. Se plantea la posibilidad de inadmitir el recurso cuando el contrato ya se formalizado, sin perjuicio de calificar aquel como cuestión de nulidad cuando la formalización se ha realizado sin haber respetado el tiempo de espera debería analizarse, al concurrir una de las causas establecidas para que prospera la cuestión de nulidad.

Por otra parte se defiende la posición de que una actuación del órgano de contratación poco respetuosa conduciría a los interesados a una situación de indefensión al no poder optar a un recurso contra una actuación ilegal, por lo que el recurso debería ser admitido y resuelto si se ha interpuesto en plazo aunque se encuentre formalizado o incluso en ejecución, procediendo, en su caso, la resolución y liquidación del mismo, en los términos de la resolución del recurso.

VI. PRUEBA CUANDO LO SOLICITAN O SE PRACTICA DE OFICIO

Se pone de manifiesto la posibilidad de abrir de oficio un periodo de prueba o petición de informes periciales cuando la dificultad del expediente por su referencia a cuestiones técnicas así lo recomienden. Se comparte la experiencia del TACPCM que en colaboración con la Consejería de Sanidad, ha establecido un sistema para la obtención de asesoramiento técnico independiente, sin necesidad de acudir a una prueba pericial externa.

VII. EXAMEN DEL COMPUTO DE PLAZOS PARA IMPUGNAR LOS PCAP

En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se recurre contra el contenido de los pliegos, es criterio mayoritario entre los órganos encargados de la resolución, que cuando no se puede acreditar la fecha de recepción de los mismos por haberse realizado por medios electrónicos, debe considerarse que el plazo de interposición ha de computarse, desde el último día del plazo de presentación de proposiciones, único momento en que puede presumirse a falta de prueba en contrario que el recurrente tuvo acceso a los indicados pliegos. A favor de esta posición se manifiesta la existencia de miles de perfiles de contratante y la dificultad de acceso de los interesados a su conocimiento dada la cantidad de órganos diferentes. Asimismo se argumenta la dificultad de acreditar la fecha de descarga de los pliegos.

No obstante, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía considera que dicho plazo ha de computarse desde la fecha de publicación en los boletines oficiales cuando en el mismo figura la página web o perfil de contratante donde se pueden obtener.

VIII. SISTEMA O MECANISMO DE ARMONIZACIÓN DE CRITERIOS, SI ES PROCEDENTE, EN EL CASO TANTO DE CAMBIO DE CRITERIO COMO DE APARTAMIENTO DEL CRITERIO DE OTROS TRIBUNALES

Por los asistentes se pone de manifiesto el interés de esta reunión y la necesidad de contar con un sistema de contacto que permita la comunicación entre los distintos órganos y la armonización de criterios en la resolución de los recursos.

Se considera que un medio adecuado es hacer uso de la página web del Observatorio de Contratación Pública, en el que ya participan varios de los miembros de los órganos de resolución de recursos contractuales, que tiene por objeto ser un lugar de encuentro para los profesionales de la materia desde el que proceder al debate y análisis de las novedades introducidas en su ordenación jurídica, así como para la realización de nuevas propuestas de actuación para la modernización de la contratación pública y materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración.

Asimismo se considera útil y conveniente la creación de un grupo de correo electrónico para remitir y comentar situaciones y actuaciones.

IX. RUEGOS Y PREGUNTAS

En este momento se comentan diversas cuestiones. Así se plantea si realmente es necesario el trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento cuando se produce el allanamiento del órgano de contratación. Se considera que la existencia de otros interesados en el procedimiento hace necesario dicho trámite antes de aceptar el allanamiento.

En relación a la puesta de manifiesto del expediente de contratación y de su contenido incluido el informe del órgano de contratación al recurso se ponen de manifiesto diversas posiciones. Reconociendo el derecho de los interesados a su acceso, la práctica de algunos órganos es la remisión a la vista del expediente que obra en poder del órgano

X. MEMORIA DEL I ENCUENTRO DE COORDINACIÓN...

de contratación y en otros la puesta de manifiesto del expediente y la facilitación de copias.

Sin más asuntos que tratar concluyó la reunión, con el acuerdo de que se redactaría un breve escrito de conclusiones, para el conocimiento de todos los asistentes y en su caso, su difusión.

